الوسيط في المذهب

تصنيف

الشيخ الإمام حجة الإسلام

محمد بن محمد بن محمد الغزالي

المتوفى ٥٠٥ هـ

وبهامشه

التنقيح في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي

شرح مشكل الوسيط للإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح

شرح مشكلات الوسيط للإمام موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي

تعليقة موجزة على الوسيط للإمام ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم

وكلها تنشر لأول مرة

حققه وعلق عليه

محمد محمد تامر

المجلد الخامس

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار
120 شارع الأزهر - ص.ب 161 الغورية
ت 5932820-2704280-2741578 فاكس 2741750

الطبعة الأولى 1417هـ - 1997م

رقم الإيداع 96/13868
الترقيم الدولي I.S.B.N.
977-5147-73-5

كتاب النكاح(1)

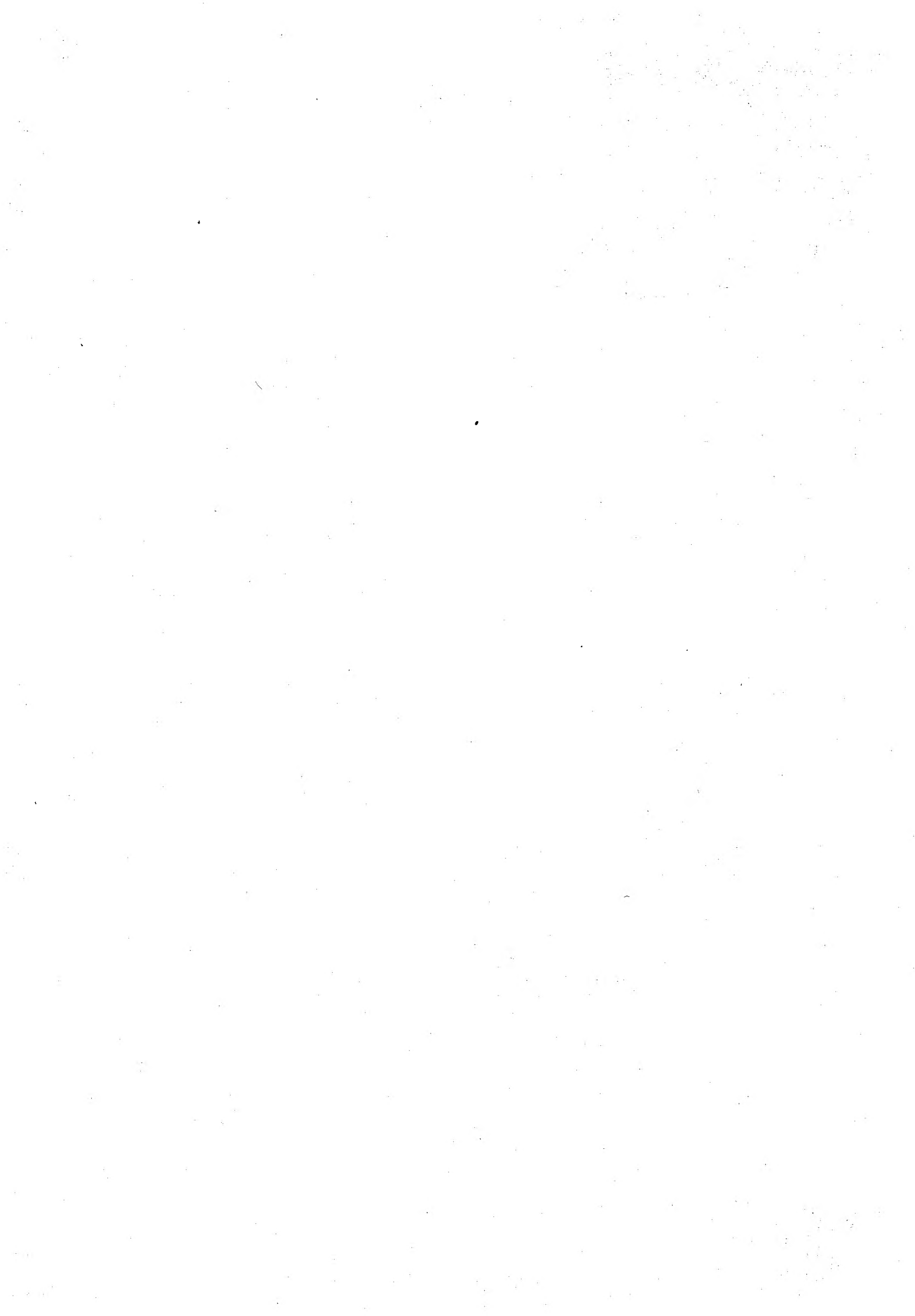
(1) النكاح لغة : الضَّمُّ و الجمعُ ، مأخوذ من « تناكحت الأشجارُ » إذا انضمَّ بعضُها إلى بعض ، أو من « نكح المطرُ الأرضَ » إذا اختلط بِثَراها . وسمّي النكاح نكاحًا ؛ لما فيه من ضمِّ أحد الزوجين إلى الآخر .

وأما تعريفُه شرعًا فهو « عقدٌ موضوع لِمِلْك المتعة » أي : لحلِّ استمتاع الرجل بالمرأة ، والمرأةِ بالرجل . وقيل أيضًا : «هو عقدٌ بين زوجين يحلُّ به الوطء» .

ثم اختلف العلماء فيه ، هل هو حقيقةٌ في « الوطء » مجازٌ في « العقد » ، أو هو حقيقة في « العقد » مجازٌ في « الوطء » ، أو هو مشترِك فيهما معًا ؟ فقال الحنفية : هو حقيقة في الوطء ، مجازٌ في العقد . وقال الشافعية : هو حقيقة في العقد ، مجازٌ في الوطء . وقال مالك وأحمد : هو حقيقة في الوطء والعقد جميعا .

وسببُ هذا الخلاف أن لفظ « النكاح» مشترك بين العقد والوطء ؛ فقد وردت هذه الكلمة في القرآن ولسان العرب بمعنى « العقد » تارةً ، وبمعنى « الوطء » أخرى . وتظهر ثمرةُ الخلاف فيما لو حلف رجل أنه لا يَنْكح ، ثم عقد فقط، فعند الشافعية : يحنث ، وعند الحنفية : لا يحنث إلا بالوطء . وكذلك لو زنى رجل بامرأة ، لم تَثْبتْ بذلك حرمةُ المصاهرة بينهما عند الشافعية . وتثبت عند الحنفية والحنابلة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِنَ النِّسَاءِ ... ﴾ الآية (النساء : ٢٢) .

انظر : المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص (٥٠٥) . طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للشيخ نجم الدين النسفي المفسّر ص (٨٦) . الاختيار لتعليل المختار للشيخ عبد الله بن مودود الموصلي الحنفي (٣/٨٨) . حاشية البجيرمي على منهج الطلاب (٣/ ٣٢١) . نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام الشوكاني (٧/ ١٩٣) . تفسير النصوص في الفقه الإسلامي د/ محمد أديب صالح (٢/١٥٤ وما بعدها) . معجم لغة الفقهاء للدكتور محمد روّاس ، والدكتور حامد صادق ص (٤٨٧) .



اعلمْ [1] أنّ النظر في أحكام النكاح ، تحصرُه خمسة أقسام :

الأول : في المقدِّمات .

والثاني : في مُصَحِّحات العقد من الأركان والشرائط .

والثالث : في موانع العقد : من النسب ، والمصاهرة [2] ، والكفر ، والرقّ وغيره[3] .

والرابع : في مُوجِبات الخيار فيه [4] .

والخامس : (٥ في لواحق النكاح وتوابعه ٥) .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « واعلم » .

(٢) بياض في (ب) مكان قوله : « النسب والمصاهرة » .

(٣) في (ب) : « وغيرها » .

(٤) كلمة « فيه » ليست في (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « في لواحق الكتاب وتوابعه » .

القسم الأول

في المقـدِّمـات

وهي خمسةٌ [1] :

الأولى : في بيان خَصائص رسول الله ﷺ وله اختصاصٌ بواجبات ، ومحرمات ، ومُباحات ، [ومُخَفّفات] [2] لم تُشارِكْه أُمته فيها .

أما الواجبات [3] : فكالضحى ، والأَضْحى [4] ، والوتر [5] .

قال ﷺ : « كُتِبَ عليَّ ثلاثٌ لم تُكْتَبْ عليكم : الضُّحَى ، والأَضْحى ، والوَتْر» [6] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وهي خمس » .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) الواجب : هو ما يُثَاب على فِعْله ، ويُعَاقَب على تركه لغير عذر شرعي ، ولا يُنَافِي ذلك احتمالُ عفْو الله عن العاصي ؛ لِوقوعها على غيره ممن لم يشأ اللهُ أن يَعْفو عنهم . وقيل : هو ما تُوُعِّد بالعقاب على تركه

انظر : شرح الورقات مع حاشية النفحات ص (١٩) للإمام جلال الدين المحلِّيّ . مذكرة في أصول الفقه للشيخ محمد الأمين الشنقيطي ص (١٢) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قولُ المصنِّفِ (رحمه الله) : (والأَضْحى) يعني به : الضحايا ، يقال : « أَضْحَاة » في الواحد ، والجمعُ : أَضْحَى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق٦٩/أ) .

(٥) في (ب) بياضٌ مكان قوله : « الوتر » .

(٦) حديث ضعيف : وهو مَرويّ من طريق ابن عباس وأنس (رضي الله عنهم) . أما حديث ابن عباس ، فرواه الإمام أحمد في مسنده (٢٣١/١) بلفظ « ثلاثٌ هُنَّ عليّ فرائض ، وهُنّ لكم تطوُّعٌ : الوتر ، والنحر ، وصلاة الضحى » . ورواه الدار قطني في سننه (٢١/٢) وفيه « وركعتا الفجر » بدلًا من « ركعة الوتر » ، ورواه الحاكم في المستدرك (٣٠٠/١) والبيهقي في السنن الكبرى (٤٦٨/٢) جميعا من طرق عن أبي جناب الكلْبي عن عِكْرمة عن ابن عباس مرفوعًا .

وأبو جَناب الكلبي اسمُه يحيى بن أبي حَيَّة ، وهو ضعيفٌ كما في الضعفاء الصغير للبخاري ص (٥٠) ، والضعفاء والمتروكين للنسائي ص (٢٣) ، والضعفاء الكبير للعُقَيْلي (٣٩٩/٤) ، و الكامل في الضعفاء لابن عديّ (٧/ ٢١٢) .

=

= ورواه الإمام أحمد في مسنده (٢٣٤/٢) عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ : « أُمرتُ بالأضحى والوتر ، ولم تُكْتَبْ » وفي إسناده جابر بن يزيد الجُعْفي ، وهو ضعيف ، واتُّهم بالكذب كما في التاريخ الكبير للبخاري (٢/ ١٠) ، والضعفاء والمتروكين للنسائي ص (٧١) . ورواه ابن شاهين في « ناسخ الحديث ومنسوخه » ص (١٩٢) وفي إسناده وضَّاح بن يحيي ، وهو ضعيف ليس بالمرضيّ كما في لسان الميزان (٦/ ٢٢١) .

وأما حديث أنس : فرواه عبد الرزاق في مصنفه (٥/٣) حديث (٤٥٧٢) والدارقطني في سننه (٢١/٢) وابن شاهين في « ناسخ الحديث ومنسوخه » ص (١٩٣) ، ثلاثتهم من طرقٍ عن عبد الله بن محرَّرٍ عن قتادة عن أنس مرفوعا بلفظ : « أُمِرتُ بالوتر والأضحى ، ولم يُعْزَم عليَّ » . وعبد الله بن محرّر منكر الحديث ، وكان من خيار عباد الله ممن يَكذب ولا يعلم كما في ترجمته في التاريخ الكبير للبخاري (٥/ ١٢) والمجروحين لابن حبان (٢٢/٢) .

ويتبيَّن مما تقدم ضعْفُ الحديث من جميع طرقه كما قاله ابن الصلاح والحافظ ابن حجر . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/أ) . والتلخيص الحبير (١٣٦/٣) .

وقد أُورد على الإمام الغزالي في هذا الموضع إشكال نقله الحموي ثم تعقبه بالرد فقال : « قوله [أي الغزالي] رحمه الله في أول كتاب النكاح : (أما الواجبات ، فكالضحى ، والأضحى ، والوتر ؛ قال ﷺ : « كُتِبَ عليَّ ثلاثٌ لم تكتب عليكم : الضحى ، والأضحى ، والوِتْر ») .

فإن قيل : كيف ذكر الشيخ (رحمه الله) أن الوتر من الواجبات في حق النبي ﷺ ؟ وقد استدل بعضُ أصحابنا على أن الوتر في حقّنا سُنَّةٌ في استقبال القبلة من حيث إن النبي ﷺ أوْتَرَ على الراحلة ، واستدل على أنه سنةٌ حيث صلاها من قعود . وكان ينبغي على هذا أن يكون الوتر في حقه سنةً ؛ لكونه أتى بها على الراحلة ، وهذا يقتضي مخالفة الحديث الذي استدلوا به على أن الوتر في حقه واجب . وذلك إشكالٌ ظاهر كما لا يخفى .

قلت : [أي : الإمام الحموي] : هذا الحديث الذي استدل به الشيخ على أنه واجبٌ في حقه ، فهو ضعيف الرواية عند المحدثين ، وإذا كان كذلك لم يَرِدْ إشكال على هذا التقدير كما لا يخفى .
ثم أقول : يمكن أن يقال : لا يَبْعد أن يكون الواجب في حقه يخالف الواجبَ في حقنا ؛ كما اختصّ بأشياء دوننا ، كذا يختص في هذا الواجب أنْ يُصْليها على الراحلة .
وأيضًا فلا يَبْعد أن يكون بعض الواجبات يوافق السننَ في شيء ويخالفه في شيء ؛ ألا ترى أن إنسانًا لو نذر صلاة أو إعتاقًا فإنه يلزمه ذلك ، ويجوز أن يقعد في الصلاة على أحد الوجهين ، ويعتق ما يقع عليه الاسم ؟! وكذلك لو صَرّح في نذره في القعود ، وهذا يقتضي جوازه في مسألتنا .

وعلى التحقيق فإنّ هذا الإشكال لا يرد على الشيخ ، فإنه لم يستدل بفعل النبي ﷺ ، وإنما استدل بفعلِ ابن عمر (رضي الله عنه) في باب استقبال القبلة . فاندفع الإشكال بكل حال » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٢ / ب - ١٣٣ ب) .

وكالتهجد[1] ؛ قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ فَتَهَجَّدْ بِهِۦ نَافِلَةً لَّكَ ﴾ [2] أي : زيادة لك على درجاتك[3] . وقال تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾ [4] فظاهره للإيجاب[5] .

---

(١) في (ب) : « والتهجد » . وقال ابن الصلاح : « قولُه : (وكالتهجد) يريد أنه وجب عليه ﷺ أن يتهجد خارجًا عن الوتر ، وهذا قولُ أكثرِ الأصحاب ؛ عَملًا بظاهر الأمر في قوله تعالى : ﴿ وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ ﴾ [الإسراء : ٧٩] وهو محمولٌ على معنى أن ذلك يقع لا محالة ، زيادةً في حسناته بخلاف غيره ، فإن تهجُّد غيره وتطوعاتِهم ، يُجْبر منها النقصانُ المتطرِّق إلى مفروضاتهم، وهو ﷺ معصومٌ عن الخلل في مفروضاته ، فتمحَّضَ تهجُده زيادةً على مفروضاته . وهذا المذهبُ – وإن قَوِيَ بعضَ القوة بما ذكرناه – فالأشبهُ خلافُه وقد حكى الشيخ أبو حامد (رحمه الله) – بعد حكايته ذلك عن الأصحاب – أن الشافعيّ (رضي الله عنه) نصّ على أنه نُسِخ وجوب ذلك في حقه ﷺ وحقِّ غيره . قلت – أي ابن الصلاح – : وهذا هو الصحيح الذى تشهد له الأحاديثُ ، ومنها حديث سعد بن هشام عن عائشة (رضي الله عنها) وهو فى الصحيح معروف ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/أ وما بعدها) . قلت : والحديث الذي نوَّه به ابن الصلاح هو في صحيح مسلم(١/٥١٢)(٦) كتاب « صلاة المسافرين وقصرها » (١٨) باب « جامع صلاة الليل ، ومن نام عنه أو مرض » حديث (٧٤٦) وفيه عن السيدة عائشة قالت : إن الله (عز وجل) افترض قيام الليل في أول هذه السورة – تعني سورة المزمل – فقام نبيُّ الله ﷺ وأصحابُه حولًا ، وأمسك الله خاتمتها اثنيْ عشر شهرا في السماء ، حتى أنزل اللهُ في آخر هذه السورةِ التخفيفَ ؛ فصار قيامُ الليل تطوعًا بعد فريضة ... » الحديث . وانظر فتح الباري (٣/٢٧) حديث (١١٤١) .

ثم قال ابن الصلاح : « وجوب السواك عليه ﷺ يَقْوَى بما رواه أبو داود في سننه (١/٤١) أنه ﷺ أُمر بالسواك لكل صلاة . قلتُ : ومع هذا ترددوا في وجوب السواك عليه ، وقطعوا بوجوب الضحى والأضحى والوتر عليه ، مع أنّ مستندَه الحديثُ الذي ذكرنا ضعفَه . ولو عكسوا ، فقطعوا بوجوب السواك عليه ، وترددوا في الأمور الثلاثه لكان أقربَ ، ويكون مستند التردد فيها أنَّ ضعْفَه من جهة ضعْفِ راويه أبي جنابِ الكلبي ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/ب) .

(٢) من الآية (٧٩) من سورة (الإسراء) . (٣) في (أ) ، (ب) : « في درجاتك » .

(٤) من الآية (١٥٩) من سورة (آل عمران) .

(٥) فى (أ) ، (ب) : « وظاهرُه الإيجاب » وهو يعني أن الآية وردت بصيغة « الأمر » وعند الأصوليين : أن الأصل في الأمر الوجوبُ مالم يصرفْه عن الوجوب إلى غيره قرينةٌ أو دليلٌ ، فإن لم يوجد صارفٌ كان « الأمر » مُفيدًا إيجابَ المأمور به . انظر : أصول البزدوي (١/١٠٨) . أصول السرخسي (١/١٥) . فواتح الرحموت بشرح مُسَلَّم الثُّبوت للشيخ مُحِبّ الله بن عبد الشكور (١/٥٨) مطبوع مع المستصفى .

وقيل [1] : إنه استحباب ؛ لاستمالةِ القلوب . وتردَّدُوا في وجوب السواك عليه.

وإنما اختصَّ في أمر النكاح بوجوب التخيير لنسائه [2] بين التسريح والإمساك . ولعل سرَّه [فيه] [3] أن الجمع بين عدد منهن ، يُوغِر صُدورَهن بالغيرة التي هي أعظم الآلام ، وهو إيذاءٌ يكاد يُنَفر القلب ، ويُوهِن الاعتقادَ ، وكذلك إلزامُهنَّ الصبرَ على الضُّرِّ والفقر [4] يؤذيهنّ . ومهما أُلقي زمامُ الأمر إليهن خرج عن أن يكون بصَدد التأذّي والإيذاء ، فنُزِّه [5] عن ذلك منصبُه العليّ ، وقيل له : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ.. ﴾ [6] ونزل ذلك عليه [7] حين ضاق صدرُه [8] (عليه الصلاة والسلام) مِن كثرة خصامهنّ ، واقتراحِهنّ زينةَ الدنيا حتى آلى [9] عنهنّ ، [10] ومكث في غرفته شهرًا [10] ، فابتدأ ﷺ بتخيير عائشة (رضي الله عنها) وقال : « إني مُلْقٍ إليك أمرًا ، فلا تُبادريني بالجواب حتى تُؤامري أبويكِ » وتلا الآية [11] ، فقالت : « أَفِيكَ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ويقال » .

(٢) بياض في (ب) مكان قوله : « لنسائه » .

(٣) في (أ) : « ولعل السّرَّ فيه » . وفي (ب) بياض مكان قوله : « سره » . والزيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « على الذلّ والفقر » وما في (أ) ، (ب) أليقُ ، وهو المثبت .

(٥) في (ب) : « فتنزَّه » .

(٦) من الآية (٢٨) من سورة (الأحزاب) .

(٧) في (أ) : « ونزل عليه ذلك » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ذرعه ». وقال ابن الصلاح : « وقوله : (حين ضاق ذرعه) : المعروفُ « حين ضَاقَ بالأمرِ ذرعًا » من غير إضافة ، أيْ : لم يُطِقْه ولم يَقْوَ عليه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/ب) .

(٩) آلى : أي : حلف . والإيلاء هو اليمينُ مطلقا . مختار الصحاح ص (٢٣) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ص (١٦١) .

(١٠) في (أ) : « ومكث شهرًا في غرفته » . وحديث اعتزاله ﷺ شهرًا رواه مسلم (١١٠٥/٢)(١٨) كتاب « الطلاق » (٥) باب في الإيلاء واعتزال النساء وتخييرهن ، وقوله تعالى : ﴿إِنْ تَظَاهَرَا عَلَيْهِ﴾ . حديث (١٤٧٩).

(١١) أي قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ... ﴾ [الأحزاب : ٢٨] .

أُؤَامِرُ أبويَّ ؟! اخترتُ اللهَ ورسولَه والدارَ الآخرة » ثم قالت : لا تُخْبِرْ زوجاتك [1] باختياري إياك ، وأرادت أن يختار [2] سائرُ أزواجه الفراقَ [3] . فطاف على نسائه ، وكان يُخبرهنَّ باختيار عائشة إياه ، فاخترنَ الله ورسوله بأجمُعهنَّ [4] .

والصحيحُ : أن واحدة لو اختارت الفراقَ لَمَا بَانَتْ [5] بنفس الاختيار ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ ... ﴾ [6] وأنَّ الجواب لم يجب عليهنّ على الفور ؛ بدليل قوله : « حتى تُؤَامري أبويكِ » [7] .

(١) في (أ) : « أزواجك » . (٢) في (أ) ، (ب) : « يخترن » .

(٣) قال ابن الصلاح : « حديثُ عائشة المذكور ثابتٌ في الصحيح بلفظ آخر ، وليس فيه « وأرادتْ أن يختار أزواجُه الفراقَ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٦٩/ب) . وقال الحافظ ابن حجر : وقع في « النهاية » و « الوسيط » التصريحُ بأنّ عائشة أرادت أن يختار نساؤه الفراق ، فإن كانا ذكَرَاه فيما فَهِمَاه من السياق فذاك ، وإلا فلم أرَ في شيء من طرق الحديث التصريحَ بذلك » . فتح الباري (٣٨٢/٨) .

قلت : روى الإمام مسلم بإسناده عنها أنها قالت : وأسألك ألّا تُخبر امرأةً من نسائك بالذى قلتُ . فقال النبي ﷺ لها : « لا تَسْأَلُني امرأةٌ منهنّ إلا أخبرتُها ؛ إن الله لم يَبْعثني مُعنّتًا ولا مُتعنّتًا ، ولكنْ بَعثني مُعَلِّما مُيَسّرًا » صحيح مسلم (١١٠٤/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (٤) باب « بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنّية » حديث (١٤٧٨) .

(٤) الحديث رواه البخاري (٣٧٩/٨) (٦٥) كتاب « التفسير » (٤) باب ﴿ قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياه الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن و أسرحكنّ سراحًا جميلا ﴾ حديث (٤٧٨٥) . ورواه مسلم (٢/ ١١٠٣) (١٨) كتاب « الطلاق » (٤) باب « بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بنية » حديث (١٤٧٥) . ورواه الترمذي (٣٢٧/٥) حديث (٣٢٠٤) . والنسائي (١٦٠/٦) . وابن ماجه (٦٦٢/١) حديث (٢٠٥٣) جميعا من طرق عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة .

(٥) أي : لَمَا كان الطلاق بائنًا . والطلاق البائن هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه رَجْعةَ امرأته إلا بعقد جديد ومهر جديد . انظر : أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوي ص (١٠٨) .

(٦) من الآية (٢٨) من سورة (الأحزاب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « القول بوجوب جوابهنّ على الفور ، ينبني على القول بالبينونة بنفس اختيار الفراق ؛ أخْذًا من أحد القولين في أن الجواب على الفور فيما إذا قال لها : طلِّقي نفسَك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٠/أ) .

=

وهل كان يحرم طلاقُ من اختارتْه منهن ؟ فيه خلاف ، ودليلُ التحريم قولُه تعالى : ﴿ لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجٖ ﴾ [١] . ومذهبُ الشافعيّ (رضي الله عنه) أنّه حرم عليه الزيادةُ عليهن ، ثم [٢] نُسخ ذلك . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) : دامَ التحريمُ ولم يُنْسخ [٣] .

وأما المحرمات [٤] : فقد حرم [٥] عليه الزكاة ، والصدقة ؛ صيانةً [له و] [٦] لمنصبه عن

= قلت : يعنى لو قال الرجل لزوجته : « طلِّقي نفسَكِ » فَيُشترط الفورُ في جوابها ، فلو قامت من المجلس ، ثم طَلَّقَتْ ، فلا يقع هذا الطلاق .

(١) من الآية (٥٢) من سورة (الأحزاب) . وقال ابن الصلاح : « ودليلُ تحريم طلاقهنّ من الآية ، هو في قوله تعالى : ﴿ ولا أَنْ تبدَّل بهنّ ﴾ ؛ لأنّ معنى البدل بهنّ مفارقتُهن أولًا ، ثم التزوج بأبدالهنّ ، ففي تحريمه تحريمُ مفارقتهن على ما لا يخفى تقديره ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٠/أ) .

(٢) في (أ) : « حتى » .

قال ابن الصلاح : « ومن الدليل على النسخ قولُ عائشة (رضي الله عنها) » : « ما مات رسول الله ﷺ حتى أُحِلّ له النساء » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٠/أ) .

قلت : هذا الحديث رواه الترمذي في سننه (٣٣٢/٥) (٤٨) كتاب « تفسير القرآن » باب (٣٤) حديث (٣٢١٦) . وقال : هذا حديث حسن .

(٣) انظر في ذلك : أحكام القرآن للإمام الجصاص الحنفي (٥٤١/٣ ، ٥٤٢) . أحكام القرآن لابن العربي المالكي (١٥٧٠/٣ وما بعدها) . الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي (٢٠٦/١٤) . تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير (٤٨٢/٣) . دفع إيهام الاضطراب عن آي الكتاب للشيخ محمد الشنقيطي ص (٢٣٩ - ٢٤١) .

(٤) المحرم لغة : الممنوع . وفي اصطلاح الأصوليين هو « ما في فِعْله العقابُ ، وفى تركهِ الثوابُ » ومن أسمائه أيضًا : المحظور ، والمعصية ، والذنب . انظر المسوّدة في أصول الفقه لآل تيمية ص (٥١٥) . روضة الناظر وجُنّة المناظر لابن قدامة مع شرحها نزهة الخاطر العاطر (١٢٦/١) . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٦١/١) . مذكرة في أصول الفقه للشنقيطي ص (٢٧) .

(٥) في (أ) : « حرمت » . ودليلُ التحريم ما رواه البخاري في صحيحه (٤١٤/٣) حديث رقم (١٤٩١) بإسناده أن النبي ﷺ قال للحسن بن علي (وكان قد أخذ تمرةً من تمر الصدقة فجعلها في فِيهِ) فقال له : كخ كخ - لِيَطْرحَها - ثم قال : أما شَعَرْتَ أنّا لا نأكل الصدقة ؟! .

(٦) زيادة من (ب) .

أوساخ الأموال التى تُعطى على سبيل الترحُّم ، وتُنبىءُ عن ذُلّ الآخذ ، وأُبدل بالفيء [١] المأخوذ على سبيل القهر والغلبة ، المُنْبِيء عن عِزّ الآخذ ، وذلّ المأخوذ عنه . [٢] وشاركَه في هذا الفَيءِ ذوو القربى [٣] . وقيل : إنهم لم يشاركوه في تحريم الصدقة ، بل في الزكاة فقط [٤] .

(١) الفيء : هو ماصار إلى المسلمين من أموال الكفار من غير إيجاف خيلٍ ولا رِكَاب ، كالأموال التي يُصَالحون عليها ، أو يُتَوَفَّوْن عنها ولا وراثَ لها منهم ، وكذلك الجزية والخراج ونحو ذلك . أما الغنيمةُ فهي الأموال التي تُؤْخذ من الكفار على سبيل القهر بإيجاف الخيل والركاب ، وتؤخذ بعد ما تضعُ الحربُ أوزارَها . انظر : الأحكام السلطانية لأبي يَعْلى ص (١٣٦) . شرح السنة للبغوي (١١/١٣٩) . لسان العرب (٥/٣٤٩٦) . المصباح المنير (٢/٦٩٨) مادة (ف ى أ) . التعريفات للجرجاني ص (١٧٠) .

وقال ابن الصلاح : « قولُ المصنف : (بالفيء المأخوذ على سبيل القهر والغلبة) : عبارةٌ غير مَرْضيَّة في عُرْف الفقهاء ؛ لأن هذا صفة الغنيمة ، كما ذكره المصنف في بابها . وأما الفيءُ في عُرْفهم فغيرُ متقيد بهذه الصفة ؛ إذْ منه مالُ مَنْ لا وارث له من أهل الذمة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٠/ب) .

(٢) في (أ) : « منه » .

(٣) في الأصل : « ذو القربى » والمثبت من (أ) ، (ب) . وذوو القربى الذين حرّمت عليهم الزكاة ، هم بنو عبد المطلب ، وبنو هاشم فقط ، على خلاف بين العلماء في بني عبد المطلب ، فَعَنْ أبي حنيفة ومالك : هم بنو هاشم فقط . وعن أحمد في بني المطلب روايتان .

ويدل على أن المراد بهم هم بنو عبد المطلب وبنو هاشم : ما رواه البخاري في صحيحه (٦/٢٨١) (٥٧) كتاب « فرض الخمس » باب (١٧) برقم (٣١٤٠) بإسناده عن جبير بن مطعم قال : مشيتُ أنا وعثمان بن عفان إلى رسول الله ﷺ فقلنا : يا رسول الله ، أعطيتَ بني المطلب وتركتَنا ، ونحن وهم مِنْك بمنزلة واحدة !! فقال رسول الله ﷺ : « إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيءٌ واحد » . انظر : الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص (١٣٧) . المقنع في فقه الإمام أحمد ص (٦٢) . الاختيار لتعليل المختار (١/١٢٠) . فتح الباري (٦/ ٢٨٣) .

(٤) قال ابن الصلاح : « في صدقة التطوع قولٌ للشافعي خَفِيَ على المصنِّف وشيخه [يعني إمام الحرمين أبا المعالي الجويني] أنها لم تحرم عليه ، وإنما كان يترفَّع عنها ، حكاه الشيخان : أبو حامد إمامُ العراقيين ، والقفالُ إمامُ الخراسانيين . وقولُ المصنف : (وقيل : إنهم لم يُشَاركوه في تحريم الصدقة) فأورد هذا إيرادَ وجهٍ ضعيف أو غريبٍ ، وليس كذلك ، فإنه هو المشهور الصحيح . والله أعلم » . المشكل (ق٧٠/ب) .

قال الحموي : « قوله [رحمه الله] : (وأما المحرمات ، فقد حرمت عليه الزكاة والصدقة ؛ صيانة له ولمنصبه عن أوساخ الناس . ويشاركه في هذا [الأمر] ذَوُو القربى ، وقيل : إنهم لم يشاركوه في تحريم الصدقة ، بل في الزكاة) .

قلت : المفهوم من عبارة الشيخ أن أقاربه يشاركونه في تحريم الصدقة على الصحيح ؟ وقد ذكر في =

وكان ﷺ لا يأكل الثوم [(١)] . وقال: « لا آكُلُ مُتكِئًا [(٢)] » ، ....
.... فقيل : [(٣)] إنه حرم عليه ذلك [٣)] ، وقيل : [(٤)] كان ذلك منه تنزُّهًا وترفُّعًا [٤)] .

ونكح [رسول الله] [(٥)] ﷺ امرأةً ، فعلمتها نساؤه [(٦)] أن تقول عند لقائه : « أعوذ بالله

= آخر « البيع » أنها لا تحرم على المُطَّلبي والهاشمي صدقةُ المتطوع وجهًا واحدًا ، وإذا كان كذلك كان مناقضًا لما ذكره في مسألتنا كما لا يخفى أيضًا ؛ فإنه جعل هذا من خواصه مع مشاركة أقاربه له في ذلك ، وهو على كلا التقديرين لا يَنْفكُّ عن الإشكال .

قلت : لعل اختيار الشيخ في « البيع » أن صدقة التطوع غير محرمة عليهم على الصحيح ، وعلى النبي ﷺ خلافٌ فيه ، والأصح التحريم ؛ لاختلافهما في المنصب والحرمة . وإذا كان كذلك اقتضى أن يذكر ما هو من خاصيتهم في « البيع » وما هو من خاصيته في « النكاح » ؛ تفرقةً بينهما ، وإنما اختصّ بذكره في « النكاح » ، لكون أكثرِ خواصِّه فيه بالنسبة إلى غيره . وإذا كان كذلك كان ما ذكره فيه أولى كما لا يخفى .

وأما الجواب عن الإشكال الآخر ، فأقول : مقتضى القياس ألا يُذكر في باب النكاح إلا ما هو من خواصِّه ، ولكن لما كان آلُ النبي ﷺ يُذْكَرون معه غالبًا ذَكَرَهم ضِمْنًا له وتبعًا . وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٣ ب ، ١٣٤/ أ) .

(١) انظر صحيح البخاري مع الفتح (٣٩٥/٢) .

(٢) رواه البخاري (٤٥١/٩) (٧٠) كتاب « الأطعمة » (١٣) باب « الأكل متكئًا » حديث (٥٣٩٨) وحديث (٥٣٩٩) . وأبو دواد (١٤٠/٤) حديث (٣٧٦٩) . والترمذي (٢٤٠/٤) حديث (١٨٣٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح . ورواه ابن ماجه (١٠٨٦/٢) حديث (٣٢٦٢) جميعا من طرق عن علي بن الأقمر عن أبي جُحَيفة مرفوعًا .

(٣) في (أ) : « حرم ذلك عليه » .

(٤) في (أ) : « كان ذلك تنزهًا وترفعًا منه » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « فعلَّمَها نساؤه » . وفي (ب) : « فَغلبتْها قَساوةٌ » وهو تصحيف مليح .

وقال ابن الصلاح : « قولُه : (فعلمتها نساؤه) زيادةٌ ، لم أجد لها أصلًا ثابتًا . وحديث المستعيذة ثابتٌ في صحيح البخاري وغيره بدون هذه الزيادة البعيدة . وقد رواها محمد بن سعد في طبقاته ، ولكن بإسناد ضعيف . واسمُ المستعيذة أسماءُ بنت النعمان الجونية ، وقيل غير ذلك ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ق ٧١/ب) .

منك » وقُلْنَ : « هذه كلمةٌ تُعْجبه » ، فقالت ذلك[1] لما دخل – عليه الصلاة والسلام – عليها ، فقال : « لقد استعذتِ بمَعَاذ[2] ؛ فالْحقي بأهلك[3] » فَفُهِمَ منه أنه حرم عليه نكاحُ امرأةٍ تكره صُحْبتَه . وجديرٌ أن يكون ذلك محرمًا عليه ؛ لأنه نوعٌ من الإيذاء ؛ ويَشْهد لذلك إيجابُ التخيير .

واختلفوا في أنه ، هل كان يحرم عليه نكاحُ الكتابية الحرة ، ونكاحُ الأَمَة[4] ؟ وأنه لو جاز له نكاحُ الأَمة ، هل كان ينعقد ولدُه على الرقّ ؟ .

ونحن لا نرى الخوضَ في تصحيح أدلة ذلك وتزييفها ؛ لأنها أمورٌ تخمينية ؛ إذ لا قاطع

---

(١) في (أ) « لما دخلت عليه » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : « بمَعَاذ » : وهو بفتح الميم ، أي : ملجأ ومُسْتجار » . مشكل الوسيط (جـ٢ ٧١/ب) . وقال النووي : « والمعاذ في هذا الحديث ، الذي يُعاذ به . والله تعالى معاذُ مَنْ عاذ به ، أي لجأ إليه وامتنع به » انظر تهذيب الأسماء واللغات (٥١/٢/٣) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٢٦٨/٩) (٦٨) كتاب « الطلاق » (٣) باب « من طلَّق ، وهل يُواجِه الرجلُ امرأتَه بالطلاق ؟ » حديث (٥٢٥٤) . ورواه النسائي (١٥٠/٦) . وابن ماجه (٦٦١/١) حديث (٢٠٥٠) ثلاثتهم من طرق عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعًا . ورواه مسلم في صحيحه (٣١٥٩١) (٣٦) كتاب « الأشربة » (٩) باب « إباحة النبيذ الذي لم يشتدَّ ولم يَصِرْ مسكرًا » حديث (٢٠٠٧) .

(٤) قال الحموي : « قوله : (هل كان يحرم عليه نكاحُ الحرة الكتابية والأمة) .

قلت : لا يخلو : إما أن يريد الشيخ من الخلاف المشهور في تحريم الأمة في حقه ، أم لا . فإن كان الأول فهي محرمةٌ عليه أيضًا ؛ إذ كان سبيله أن يذْكر ما هو من خواصه . وإن اختار الإباحة ، فهي مباحةٌ لنا في بعض الصور ، فكان سبيله أن يذكره في قسم المباحات ، وهو قد ذكره في قسم المحرمات ، وأيًا ما كان لا ينفك عن الإشكال .

قلت : أمكن أنْ يُقَال : لعله اختار من الخلاف المشهور أن يكون ذلك في قسم المحرمات ، وإذا كان كذلك فهو من خواصه على الإطلاق ، بخلاف التحريم علينا ، فإنه إنما يكون عند عدم طَوْلِ الحرَّةِ وعند خوفِ العنت ، على ما ذكره في موضعه . وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٤ / ب ، ١٣٥ /أ) .

فيها ، وتخمينُ الظنِّ - فيما لا حاجة فيه إلى العمل في الحال - تضييعُ زمانٍ واقتحامُ خطرٍ[1] .

وأما المباحات [2] والتخفيفات : فقد أُبيح له الوصالُ في الصوم [3] ، وصَفِيّةُ

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه : (ونحن لانرى الخوض في أدلة ذلك) ذكَرَ شيخُه أن المحققين كرهوا الخوض في المسائل التي اختلفت فيها الأصحابُ من خصائص رسول الله ﷺ . قلت : وحكى الصَّيْمَري عن أبي عليّ بن خيران أنه مَنَع من الكلام في خصائص رسول الله ﷺ في أحكام النكاح ، وكذا في الإمامة . ووجْهُه : أن ذلك قد انقضى ؛ فلا عملَ يتعلّق به ، وليس فيه من دقيق العلم ما يقع به التدريبُ ، فلا وجْه لتضييع الزمان برجم الظنون فيه ، وهذا غريب مليح . والله أعلم » . المشكل (جـ٢ق ٧٢/أ) .

قلت : قد أطال الإمام الشاطبي (رحمه الله) في بيان أن « كل مسألة لا ينبني عليها عملٌ ، فالخوضُ فيها خَوْضٌ فيما لم يدلَّ على استحسانه دليلٌ شرعي » . انظر ذلك في كتابه « الموافقات في أصول الشريعة » (٤٦/١-٥٦) .

(٢) المباح : مشتقّ من « الإباحة » وهي الإظهار والإعلان ، ومنه يُقال : « باح بِسِرّه » : إذا أظهره . وتعريفُه اصطلاحًا : هو ماورد الإذنُ من الله تعالى بفعله وتركه ، غيرَ مَقْرونٍ بذمّ فاعله ومَدْحه ، ولا بذمّ تاركه ومدحه . وهذا من حيث هو مباح متساوي الطرفين . أما إذا كان ذريعةً إلى ممنوعٍ صار ممنوعًا ؛ من باب سد الذّرائع ، لا من جهة كونه مباحًا . انظر : المستصفى للإمام الغزالي (ص٨١) . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٧٥/١) . الموافقات في أصول الشريعة (١١٣/١) .

(٣) في وصاله ﷺ بالصوم أحاديث كثيرة منها : ما رواه البخاري (٢٣٨/٤) (٣٠) كتاب « الصوم » (٤٨) باب « الوصال » . حديث (١٩٦١) بإسناده عن أنس مرفوعًا : « لا تواصلوا ، قالوا : إنك تواصل ، قال : لستُ كأحدٍ منكم ، إني أُطعم وأُسْقى » أو « إني أَبيتُ أُطْعم وأُسْقى » . ورواه أيضًا عن ابن عمر حديث (١٩٦٢) وعن عائشة حديث (١٩٦٤) . وعن أبي سعيد الخدري حديث (١٩٦٣) .

قال الحموي : « قوله : (وأما المباحات والتخفيفات ، فقد أبيح له الوصال في الصوم) .

قلت : ذكر الشيخ أن الوصال مباحٌ ، ولا شك بأنه لا يطلق عليه ذلك في اصطلاح الفقهاء كما ذكر في باب التيمم . وإذا كان كذلك فأقول : النبيُّ ﷺ إنما كان يَفْعل ذلك ليريّضَ نفسه ؛ ليحصل له المثوبةُ بذلك من اللّه سبحانه ؛ فإنه مثابٌ عليه بالإجماع ، ولا كذلك المباح .

قلت : وإن كان الأمر كذلك إلا أنه يُطلق عليه ذلك بطريق المجاز ، من حيث إن المندوب يشتمل على المباح أيضًا ، فأقول : مقتضى الدليل أنه مكروه في حقّه وفي حقّنا ، وتخصيصُ النبي ﷺ بذلك إنما كان على خلافِ الدليل ، فصار هذا كما ذكر في باب التيمم » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٤/أ، ١٣٤/ب) .

المغْنم (١) ، والاستبدادُ بخُمُسِ الخمس (٢) ، ....

---

(١) قال ابن الصلاح : « صَفيّة المغنمِ و صَفيُّ المغنم : ما يَصْطفيه الرئيسُ من الغنيمة لنفسه ، أي : يختاره » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٢/أ) .

وفي عون المعبود شرح سنن أبي دواد (١٨٠/٨) « قال الطِّيبي : الصفيّ مخصوصٌ به ﷺ ، وليس لواحدٍ من الأئمة بعده . قال العيني : ولهذا لم يأخذْه الخلفاء الرشدون » .

(٢) في (أ) : « بالخمس » وهي كذلك في نسخة أخرى (ج) وكلاهما صحيح ، فإن الله تعالى قال : ﴿واعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وللرسولِ ولِذِي القُرْبَى واليتامَى والمَسَاكِينِ وابنِ السَّبِيلِ ...﴾ [الأنفال : ٤١] . فكان ما يغنمه المسلمون يُقَسّم على خمسة أخماس ، أربعةٌ منها تُقَسّم على من قَاتَلَ ، وخمسٌ للرسول ﷺ يقسمه على المذكورين في الآية السابقة ، فَصَحَّتْ إضافةُ الخمسِ إليه على اعتبار أنه هو الذي يتصرف فيها حسب المصلحة ، ويدل على ذلك ما رواه الإمام أحمد في مسنده (٣١٦/٥) أنّ رسول الله ﷺ صلَّى بهم في غزوة إلى بعير من المغنم ، فلما سلَّم قام ، فتناول وبرةً بين أنملتيه ، فقال : « إنّ هذه من غنائمكم ، وإنه ليس لي فيها إلا نصيبي معكم ، الخمس ، والخمسُ مردود عليكم .... » ورواه أبو دواد (١٨٨/٣) حديث (٢٧٥٥) وابن ماجه حديث (٢٨٥٠) .

قال ابن كثير : وكان الرسول ﷺ يتصرف في الخمس كيف يشاء ، فيردّه في أمته . وقال الشيخ الشنقيطي في أضواء البيان (٣٢٠/٢) : « والتحقيقُ أن نصيب الله (جل وعلا) ونصيبَ الرسول ﷺ : واحدٌ ، وذِكْرُ اسمِه (جل وعلا) استفتاحُ كلامٍ للتعظيم . وممن قال بهذا القولِ ابنُ عباس ... ثم قال : « والتحقيق : أن الخمس في حياة النبي ﷺ يُقَسم خمسةَ أسهمٍ ... واعلمْ أن النبي ﷺ كان يَصْرف نصيبه – الذي هو خمسُ الخمسِ – في مصالح المسلمين ، بدليل قوله في الأحاديث التي ذكرناها آنفًا : « والخمسُ مردودٌ عليكم » وهو الحقُّ ، ويدل له ما ثبت في الصحيح من أنه كان يأخذُ قوتَ سنتِه من فَيء بني النضير .

وأما بعد وفاته وانتقالِه إلى الرفيق الأعلى (صلوات الله وسلامه عليه) فإن بعض العلماء يقول بسقوط نصيبه بوفاته ، وممن قال بذلك أبو حنيفة (رحمه الله) واختاره ابن جرير ، وزاد أبو حنيفة سقوطَ سهمِ ذوي القربى أيضًا بوفاته ﷺ .

والصحيحُ أن نصيبه ﷺ باقٍ ، وأن إمام المسلمين يَصْرفه فيما كان يَصْرفه فيه رسول الله ﷺ لمن يلي الأمرَ بعده ، ورُوِيَ عن أبي بكر وعليّ وقتادة . والظاهرُ أن هذا القولَ راجعٌ فى المعنى إلى ما ذكرنا أنه الصحيح ، وأن معنى كونه لمن يلي الأمرَ بعده ، أنه يصرفه فيما كان يصرفه فيه ﷺ والنبيُّ قال : « والخمس مردود عليكم » وهو واضح كما ترى » ا . هـ من أضواء البيان (٣٢٢/٢) .

وقال ابن الصلاح : (الاستبدادُ بخمس الخمس) ينبغي أن يُضَاف إليه (وأربعةُ أخماس الفَيءِ) والاستبدادُ معناه : الانفراد ، أي يتفرد بذلك ، ويشارك الغانمين ، فيستحق سهمًا من الغنيمة كسَهْمِ أحدِهم ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٢/أ) .

«[1] ودخولُ مكة بغير إحرام [1]» . وحرم ميراثه ، فقال : « إنَّا - مَعاشِرَ الأنبياءِ[2] لا نُورث ، ما تركناه صَدَقةٌ » [3] .

وفي النكاح أُبيح له الزيادةُ على أربع . وفي الزيادة على التسع خلافٌ . وكذلك في انحصار الطلاق في الثلاث خلافٌ . وكان ينعقد نكاحُه بلفظ « الهبة » [4] . وقالوا : إذا وقع بصرُه [5] على امرأة فوقعتْ منه موقعا ، وَجَب على الزوج تطليقُها ؛ لقصةِ زيد [6] . ولعلَّ السّرَّ

(١) في (أ) : « ودخولُ مكة من غير إحرام » . ويدل عليه ما رواه مسلم (٩٨٩/٢) (٥) كتاب « الحج » (٨٤) باب « جواز دخول مكة بغير إحرام » حديث (١٣٥٨) بإسناده عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ « دخل مكة ، وعليه عمامةٌ سوداءِ بغير إحرام » ورواه النسائي (٢٠١/٥) عن جابر أيضًا .

(٢) قوله : « معاشر الأنبياء » ساقط من (أ) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٣٩٠/٧) (٦٤) كتاب « المغازي » (١٤) باب « حديث بني النضير » برقم (٤٠٣٤) . ورواه مسلم (١٣٧٧/٣) . والترمذي (١٣٥/٤) حديث (١٦١٠) . ورواه الإمامُ أحمد في مسنده (٤٦٢/٢) عن أبي هريرة بلفظ : « إنا - معشر الأنبياء - لا نُورث . ما تركتُ - بعد مُؤْنة عاملي ونفقةِ نسائي - صدقةٌ » .

(٤) ويدل عليه قولُه تعالى : ﴿ ... وَامْرَأَةً مُؤمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَها لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ المؤمنين ﴾ [الأحزاب : ٥٠]

(٥) في نسخة أخرى : « نظره » كذا على هامش (ب) .

(٦) هو زيد بن حارثة (رضي الله عنه) . وتتلخص قصتُه في أنه كان عبدًا ، فأعتقه النبيُّ ﷺ وآثَرَ زيدٌ البقاءَ معه ﷺ لخدمته ، على الرجوع مع أبيه حارثة ، ثم إن النبي ﷺ تبنّاه في مكة ، فكان يُدعى زيدَ ابن محمد . ثم زوَّجه النبيُّ ﷺ من ابنة عمته زينب بنت جحش (رضي الله عنها) وكان ذلك على غير رغبة منها ؛ إذ كانت نَسيبةً قرشية ، فعاشتْ مع زيد سنةً أو يزيد قليلا ، وكان زيدٌ يشكوها لرسول الله ﷺ ويُخْبره بما يَنويه من طلاقها ، فكان النبي ﷺ يقول له : « أمْسِكْ عليك زوجَك واتَّق الله ، ولا تطلقْها » مع أنّ الله - عز وجل - قد أوحى إليه من قبل أن زيدًا سيُطلّق زينب ، وستكون زوجةً للنبي نفسِه ، وهذا هو الذي عاتبه اللهُ عليه بقوله : ﴿وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ ﴾ . ثم حرم اللهُ التبني بقوله تعالى : ﴿ ... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أبناءكم ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيل ، ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِم هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ... ﴾ الآيتان [الأحزاب : ٤، ٥] . فأصبح زيدٌ يُدْعى « زيد بن حارثة » . ولما استمرَّ سوءُ الحال بين زيد وزوجته ، طلقها . ثم أراد الله أنْ يهدم عقيدة العرب من أساسها في مسألة التبنّي وكذلك تحريم زوجة المُتَبَنَّى على مَنْ تبنّاه ، فأمر اللهُ نبيَّه ﷺ أن يتزوج زينب ابنة عمته =

....

= وزوجة مُتَبَنَّاه من قبل . وكان هذا شديدًا على نفس النبي ﷺ ؛ إذ يقول الناس : إن محمدا تزوج امرأة ابنه !!. ولكنه القائد الذي يجب أن يكون أول المسارعين إلى تنفيذ أوامر الله عز وجل ، وحتى يرتفع الحرج تمامًا من قلوب الصحابة ، إذا أراد أحدهم أن يتزوج مَنْ كانت زوجةَ مُتَبَنَّاه من قبل . وهذا ما صرحَ اللهُ عز وجل به في قوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْها وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فى أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إذا قَضَوْا مِنْهنَّ وَطَرًا ، وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴾ [الأحزاب /٣٧] .

هذا ملخص قصته (رضي الله عنه) . أما ما أورده الإمام الغزالي (رحمه الله) من قوله : (وقالوا : إذا وقع بصره على امرأة ، فوقعت منه موقعا ، وجب على الزوج تطليقُها ؛ لقصه زيد) .

أقول : ما كان للإمام إيرادُ هذا أصلًا إلا مصحوبًا ببيان بطلانه . ثم قولُه : (وَجَبَ على الزوج تطليقُها) لم يُورِدْ عليه دليلًا . ثم من الذي أَوجَبَ هذا « التطليق » ؟ وأين الدليل على هذا الزعم ؟ ومتى بلّغ النبيُّ ﷺ زيدًا بوجوب الطلاق ؟ ومَنْ روى هذا من أئمة الحديث ؟ ثم كيف يكون حال الصحابي - والنبيُّ المعظَّم في قلبه - يُخْبره بأنه يجب عليه تطليقُ زوجته ؟ وليس هذا فقط ، وإنما يطلّقها ليتزوجها النبيُّ نفسُه !! أليس في هذا هلاكٌ لهذا الصحابي ؟! وأيّ هلاك !! وإذا كان النبي - وهو الذي قال فيه ربُّه : ﴿لقد جاءكم رسولٌ من أنفسكم عزيزٌ عليه ماعَنِتُّمْ حريصٌ عليكم بالمؤمنين رءوفٌ رحيم ﴾ [التوبة : ١٢٨] قال لاثنين من أصحابه عندما رَأَيَاه ليلًا ، ومعه امرأةٌ ، قال لهما - عندما أَسرَعا - : « على رِسْلكما ؛ إنها صفية زوجتى » فقالا : سبحان الله يا رسول الله ، قال: إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم ، وإني خشيتُ أن يَقْذف فى قلوبكما شيئًا » . انظر فتح الباري (٣٢٦/٤-٣٣١) .

فإذا كانت هذه هي شفقةَ النبيِّ ﷺ بأصحابه ، فكيف يأمر واحدًا منهم بطلاق زوجته لمجرد أنه رآها فأعجبتْه ؟! أليس في هذا هلاكٌ للصحابي ؟! أليس يَخْشى كلٌّ منهم - بعد ذلك - على زوجته أنْ يراها النبيُّ يومًا فتعجبه ، فيأمره بطلاقها ؟!!! .

هذا ، وقد ردّ الإمام ابن حزم هذه الافتراءات هو وغيرُه من أئمة المسلمين ، فانظر ذلك في كتابه « الملل والنحل » (٤/ ٥ - ٧ ، ٤٨ ، ٤٩) ، وانظر الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي (١٨٨/١٤ - ١٩١) . وتفسير القرآن العظيم لابن كثير (٤٧٢/٣) وفيه قال (رحمه الله) : « ذكر ابن أبي حاتم وابن جرير هاهنا آثارًا أحببنا أن نَضْرِب عنها صَفْحًا ؛ لعدم صحتها ، فلا نوردها » .

وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٣٨٤/٨) : « وردتْ آثار أخرجها ابن أبي حاتم والطبري ونقلَها كثيرٌ من المفسرين ، لا ينبغي التشاغلُ بها ، والذي أوردتُه منها هو المعتبر . والحاصل : أن الذي كان يخفيه النبي ﷺ هو إخبار الله إياه أنها ستصير زوجتَه ، والذي كان يَحْمِله على إخفاء ذلك خشيةُ قولِ الناس : تزوَّجَ امرأةَ ابنِه » . =

فيه من جانب الزوج امتحانُ إيمانه بتكليفه النزولَ عن أهله ، ومِنْ جانبه ﷺ ابتلاؤه [(1)] بِبَليّة البشرية [(1)] ، ومَنْعُه من خائنة الأعين [(2)] ، ومن إضمار ما يخالف الإظهار [(2)] . ولذلك قال تعالى : ﴿ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا ٱللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى ٱلنَّاسَ وَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَىٰهُ ﴾ [(1)] . ولا شيءَ أدعى إلى غضّ البصر وحفظِه عن [(2)] لمحاته الاتفاقية من هذا التكليف .

= وقد أطال الإمام القاسمي أيضًا في رَدّ تلك البواطل ، انظر ذلك في محاسن التأويل (٤٨٦٤/١٣ - ٤٨٧٨) . وانظر أيضًا ما قاله الشيخ محمد الأمين الشنقيطي في « أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن » (٦/ ٥٨٢) فإن فيه ما يثلج الصدر إن شاء الله تعالى .

وانظر ترجمة زيد (رضي الله عنه) في صفة الصفوة لابن الجوزي (١٦٠/١) . الروض الأنف (٢٨٦/١ ، ٢٨٧) وانظر التعليق بعد الآتي للإمام ابن الصلاح (رحمه الله) .

(١) في (ب) : « بالبَليّة البشرية » .

(٢) في (أ) : « ومن الإضمار الذي يخالف الإظهار » . وقال ابن الصلاح : « خائنة الأعين وإضمار ما يخالف الإظهارَ ، مذكورٌ في جملة المحرمات عليه ﷺ ومن الحجة في ذلك ما رويناه في السنن للبيهقي بإسناده في قصة ابن أبي السرح ، حين أُحصر يوم الفتح بين يدي رسول الله ﷺ أنه لما أنكر على أصحابه إمساكهم عن المبادرة بقتله ، قالوا : هلا غمزتَ إلينا بعينيك؟! قال : « إنه لا ينبغي أن يكون لنبيٍّ خائنةُ الأعين » فقيل في تفسيرها ها هنا : هي الإيماء بالعين ، وقيل : هي مسارقة النظر .

ولم يُوَفَّق المصنف (رحمه الله) في شذوذه عن الأصحاب ، ومخالفتِه الأصحاب فيما ذكره في خصيصة إيجاب الطلاق على زوج مَنْ وقع عليها بصره من النساء ، ووقعتْ في نفسه ؛ لأن حاصل ماذكره أنه لم يكتفِ في حقه ﷺ بالنهي والتحريم زاجرًا عن مُشَارفة النظر ، وحاملًا له عن غضّ البصر عن نساء غيره ، حتى شدد عليه بتكليفٍ لو كُلّف به غيرُه لما فتحوا أعينهم في الطرقات . ومن تأمل هذا ، لم يَخْفَ عليه أنه غيرُ لائقٍ بمنزلته الرفيعة ﷺ ، وزعم أن هذا الحكم في حقّه في غاية التشديد والله سبحانه وتعالى يقول :﴿ مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ ... ﴾ [الأحزاب : ٣٨] . وأما ما حكاه عن عائشة (رضي الله عنها) فإنما ذلك لأمر خارج عن هذا الحكم ، وهو إظهارُ ما دار بينه وبين زيد مولاه وعتابه عليه ؛ إذ الواردُ في الرواية الصحيحة عن عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت : لو كان النبيُّ ﷺ كاتمًا شيئًا من الوحي ، لكتم هذه الآية : ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِى أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ ... ﴾ الآية [الأحزاب : ٣٧] والله أعلم » المشكل . (جـ٢ ق ٧٢/أ وما بعدها) .

(١) من الآية (٣٧) سورة (الأحزاب) .

(٢) في (ب) : « من » .

وهذا مما يُورده الفقهاء في صنف التخفيف (١) . وعندي أن ذلك في حقه غاية التشديد ؛ إذ لو كُلِّف بذلك آحادُ الناس ، لما فتحوا أعينهم في الشوارع والطرقات خوفًا من ذلك ، ولذلك/١٥٩/ب قالت عائشة (رضي الله عنها) : « لو كان [رسول الله] (٢)ﷺ يُخفي آيةً لأَخْفى هذه [الآية] » (٣) .

واختلفوا في انعقاد نكاحه (٤ بغير وليٍّ وشهودٍ ٤) ، وفي حالة الإحرام . وهل كان يجب عليه القَسْمُ (٥) ؟ أو كان يَقْسِم تبرعًا وتكرُّمًا ؟ فيه خلاف .

ولا خلافَ في تحريم نسائه بعد وفاته على غيره ؛ فإنهنّ أمهاتُ المؤمنين . ولا نقول : بناتُهن أخواتُ المؤمنين ، (٦ ولا إخوانُهن أخوالُ المؤمنين ٦) ، بل يُقْتصر على ما ورد من الأُمومة ، ويقتصر التحريمُ عليهنّ (٧) .

---

(١) في (ب) : « في ضعف التخفيف » وهو خطأ واضح .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) أيضًا . والحديث رواه مسلم في صحيحه (١/١٦٠) (١) كتاب « الإيمان » (٧) باب : معنى قول الله عز وجل : ﴿ ولقد رآه نزلة أخرى .. ﴾ حديث الباب (٢٨٨) .

(٤) في (أ) : « بغير وليّ وغير شهود » . وفي (ب) : « بغير وليّ ولا شهود » .

(٥) قِسْمةُ الزوج : بَيْتُوتَتُه بالتَّسْوية بين النساء . انظر التعريفات للجرجاني ص(١٧٥) . وقال في أنيس الفقهاء (١٥٢) : « هو بفتح القاف : مصدر « قَسَم » القاسمُ المالَ بين الشركاء ، ومنه « القَسْم » بين النساء ، وهو إعطاءُ حقِّهنّ في البيتوتة عندها للصُحْبة والمؤانسة ، لا في المجامعة ؛ لأنها تُبْتَنى على النشاط ، فلا يَقْدر على التَّسْوية فيها كما في المحبة » .

(٦) فى (أ) : « ولا أخواتهن أخوات المؤمنين » وهو خطأ ، والصواب أن يقول : « خالات المؤمنين » .

(٧) قال ابن الصلاح : « أزواجُ النبي ﷺ : أمهاتُ المؤمنين فى التحريم والتكريم ، ولا يتعدَّى ذلك إلى باقي أحكام الأُمومة وآثارِها ، في تجويز الخلوة والنظر ، ومن كَوْن إخوانِهنّ وأخواتِهنّ وبنيهِنّ وبناتِهنّ أخوالًا أو خالاتٍ وإخوةً وأخواتٍ للمؤمنين » وهذا أَوْلَى من عبارة المصنِّف عن ذلك . والله أعلم » مشكل الوسيط . (جـ٢ ق ٧٢/ب) .

وفي تحريم مطلقاته[1] على غيره ثلاثةُ أوجه :

أعدلُها أنها إن كانت مدخولا بها حرم [2] ؛ لما رُوِي أن الأشعث بن قيس [3] نكح المستعيذة [4] في زمان [5] عمر (رضي الله عنه) فَهَمَّ عمرُ (رضي الله عنه) برجْم الأشعث ، [6] فذُكِرَ له أنها لم تكن [6] مدخولًا ، بها ، فكفّ عنه .

ولا شك في أن المخيَّرات [7] لو اختارت واحدةٌ منهن الفراقَ لَحَلَّ لها [8] النكاح ؛ إذ بذلك يتمُّ التمكُّنُ [9] من زينة الدنيا .

وقد مات ﷺ عن تسعة [10] : عائشة ، وحفصة ، وأم حبيبة ، وأم سلمة ، وميمونه ، وصفية ، والجويرة [11] ، وسَوْدة ، وزينب وهي امرأةُ زيد (رضي الله عنهنّ) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قولُه : (وفي تحريم مطلقاته) هو ظاهر نصّ الشافعي ، وهو أشْبَهُ بظاهر القرآن ؛ فإن قوله تعالى : ﴿ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ ﴾ : يَعُمُّهُم . والله أعلم ، وقيل : إن وجه التفصيل أصحّ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٢/ب) .

قلت : يعني بالتفصيل أنها إن كانت مدخولًا بها حرمت وإلّا فلا .

(٢) يعني حرم نكاحها .

(٣) هو أبو محمد الأشعث بن قيس بن معد يكرب ، وكان ممن وفد إلى النبي ﷺ سنة عشر من الهجرة في وفد « كندة » وأسلموا ورجعوا إلى اليمن ، وكان ممن ارتد – والعياذ بالله – بعد وفاة النبي ﷺ ، فأسِرَ وأُحضر إلى أبي بكر ، فرجع إلى الإسلام ، وقال له : « استبقني لحربك وزوِّجني أختك » فأطلقه ، وزوجه أخته .

وشهد الأشعثُ « اليرموك » و« القادسية » و « المداين » و « جلولاء » و« نهاوند » وسكن الكوفة ، وشهد صفين مع علي (رضي الله عنه) . وتوفي (رضي الله عنه) بعد مقتل عليّ بأربعين ليلة سنة (٤٢) هـ . انظر : أسد الغابة في معرفه الصحابة (٩٧/١) . الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (١/ ٥١) .

(٤) وهي التي قالت للنبي ﷺ حين أدخلت عليه : « أعوذ بالله منك » . واسمها : أسماء بنت النعمان الجونية . انظر فتح الباري (٢٦٩/٩) .

(٥) في (أ) : « في زمن » .

(٦) في (أ) : « فذكر أنه لم تكن » .

(٧) في (ب) : « المختارات » .

(٨) في (ب) : « يحل لها » .

(٩) في (أ) : « التمكين » .

(١٠) في (ب) : « تسع » .

(١١) في (ب) : « جويرية » .

وأعتق ﷺ صفيةَ ، وجعل عِتْقَها صداقَها [1] ، وفيه خاصيةٌ [2] [له] [3] بالاتفاق . منهم [4] من قال : خاصيتُه أن قيمتها كانت مجهولة ، والصداقُ المجهولُ لا يجوز لغيره . وقيل : إنه وَجَبَ عليها الوفاءُ بالنكاح بعد الإعتاق ، ولا يجب على غيرها - إذا أُعْتِقَتْ بشرط النكاح - الإجابةُ [5] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « ثبت أنه ﷺ أعتق صفية ، وجعل عِتْقَها صداقَها » هذا لفظ الحديث ، وهو ثابتٌ في الصحيحين من رواية أنس (رضي الله عنه) . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٣/أ) .

قلت : الحديث الذي ذكره ابن الصلاح رواه البخاري (٣٢/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٣) باب « من جعل عِتْقَ الأمة صداقها » حديث (٥٠٨٦) . ورواه مسلم (١٠٤٥/٢) حديث (١٣٦٥) حديث الباب (٨٥) . ورواه أبو دواد (٥٤٤/٢) حديث (٢٠٥٤) والترمذي (٤٢٣/٣) حديث (١١٥) والنسائي (١١٤/٦) جميعا من طرق عن أنس (رضي الله عنه) .

(٢) في (أ) : « وفي ذلك خاصية » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (ب) : « ومنهم » .

(٥) كلمة « الإجابة » فاعلٌ للفعل « يجب » .

وقال ابن الصلاح : « وفي خاصيته ﷺ بذلك وجهٌ ثالث لم يَذكره المؤلفُ ، وهو أصحّ وأقرب إلى لفظ الحديث ، وهو ما حُكِي عن أبي إسحاق - وقطع به البيهقيُّ - أن خاصيته في ذلك أنه تزوّجها ، ولم يجعل لها مهرًا أصلًا ، وقال البيهقي : أعتقها مطلقا . قلت : فيكون معنى قوله : (وجعل عِتْقها صَداقَها) أنه لم يجعل لها شيئًا غير العتق ، فَحَلَّ محلَّ الصداق وإن لم يكن ضداقا ، وهو من قبيل قولهم : « الجوعُ زادُ منْ لا زاد له » وهو متجه . وأما الوجهان الآخران فبعيدان من لفظ الحديث جدًّا .

وقوله في الوجه الأول : (إن قيمتها كانت مجهولة) معناه أنه أعتقها بشرط أن يتزوجها ، فوَجَبَ له عليها قيمتُها ، ثم تزوَّج بها ، فهي غير معلومة . وتخرَّج من هذا ، أن ما ادّعاه أولًا من الاتفاق على أن فيه خاصية له ﷺ ليس على ما قاله ؛ لأن لنا وجهًا حكاه هو - فيما بعد - وغيرُه : أنه يجوز لغيره أن يتزوجها كذلك ، إلا أن يكون القائل بذلك هنالك غير القائل به هنا ، واللّه أعلم » . مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ٧٣ / أ) .

المقدمة الثانية

في الترغيب في النكاح

وقد قال الله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾[1] وقال ﷺ: « تناكحوا تكْثُروا؛ فإني أُبَاهي بكم الأُمَمَ يوم القيامة، حتى بالسِّقْط »[2] وقال: « معاشرَ الشبان[3]، عليكم بالباءة؛ فإنه أغضُّ للبصر وأَحْصَنُ للفرج، فمن لم يستطع فعليه بالصوم؛ فإن الصوم له وِجَاء »[4]. وقال عليه

---

(١) من الآية (٣٢) سورة (النور) .

(٢) حديث ضعيف : قال الحافظ العراقي : « أخرجه أبو بكر بن مَرْدويه في تفسيره من حديث ابن عمر دون قوله : « حتى بالسقط» وإسناده ضعيف» انظر: المغني عن حمل الأسفار مطبوع مع إحياء علوم الدين (٢١/٢) . وقال الحافظ ابن حجر : « أخرجه صاحب مسند « الفردوس » من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر مرفوعًا : « حجوا تستغنوا ، وتناكحوا تكثروا ، فإني أُباهِي بكم الأُمَمَ » . و المحمدان ضعيفان » . انظر التلخيص الحبير (١٣٣/٣) .

(٣) في (أ) : « الشباب » وهو اللفظ الوارد في الحديث .

(٤) قال ابن الصلاح : « حديث « يا معشر الشباب » ثابت في الصحيحين من رواية ابن مسعود ، ولفظُه الأشهرُ « من استطاع منكم الباءة فليتزوج » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٣/أ) .

قلت : الحديث رواه البخاري (١٤/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (٣) باب « من لم يستطع الباءة فَلْيَصُمْ » حديث (٥٠٦٦) . ومسلم (١٠١٨/٢) حديث (١٤٠٠) . وأبو دواد (٥٣٨/٢) حديث (٢٠٤٦) . والترمذي (٣٩٢/٣) حديث (١٠٨١) . ورواه النسائي (٥٧/٦) . وابن ماجه (٥٩٢/١) حديث (١٨٤٥) جميعًا من طرق عن عبد الله بن مسعود مرفوعًا .

وقال ابن الصلاح : « و « الباه » بالهاء غير ممدود ، و « الباءة » بالتاء ممدودًا ، وهو في اللغة : الجماع ، وجعله صاحبُ البيان وبعضُ مَنْ تقدمه من الفقهاء ها هنا عبارةً عن المهر والنفقة ، وحَمَلَها على ذلك . وقولُه : « ومن لم يستطع فعليه بالصوم » ليس معناه : من لم يستطع الجماعَ لعجزه عن نفس الجماع ، بل معناه : ومن لم يستطع الجماعَ لعجزه عن الطريق الموصِل إليه ، وهو المهر والنفقة ، والله أعلم . وشبَّه الصومَ بالوجاء الذي هو رَضُّ خُصى الفحل لِقَطْعِ غائلة فحولته ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٣/ب) .

قلت : « والوجاء » أصلُه « الغمز » ، ومنه « وَجَأه في عنقه » : إذا غمزه دافعًا له ، ووجأه بالسيف : إذا طعنَه به . انظر فتح الباري (١٢/٩) وصحيح مسلم بشرح النووي (١٧٣/٩) . وفي القاموس المحيط ص (٧٠) : وَجَأَ التيسَ وَجْئًا ووجاءً : دقّ عروق خُصْيَيه بين حجرين ولم يُخْرِجهما ، أو هو رَضُّهما حتى تنفضخا . وفي نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار =

السلام : « من تزوجَ فقد أحرز ثُلُثَيْ دينِه ، [ألا] (١) فليتقِ الله في الثلث الباقي » (٢) . وقال عمر (رضي الله عنه) لرجلٍ : « أتزوجتَ ؟ فقال : لا ، فقال : لن يَمْنع (٣) من النكاح إلا عجزٌ أو فُجورٌ » (٤) .

= (١٩٤/٧) : وتسميةُ الصوم وجاءً ، استعارةٌ ، والعلاقةُ المشابهة ؛ لأن الصومَ لما كان مؤثّرا في ضعْف شهوة النكاح شُبِّه بالوجاء » .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (من تزوج فقد أحرز ثُلثي دينه ، فلْيتقِ الله في الثلث الباقي) ذكره في الإحياء[٢/ ٢٢] « من تزوج فقد أحرز شطْرَ دينه ، فليتقِ الله في الشطر الباقي » وكلا الحديثين لم نجد له ثبوتًا ، وفسَّر الثاني في الإحياء[٢٢/٢] بأن المفسِد لدين المرء – في الأغلب – فرجُه وبطنُه ، فإذا تزوج فقد أحرز الشطرين بإحراز الفرج ، والآخر بإحراز اللسان ؛ نظرًا إلى ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من حفظ ما بين لَحْيَيْه وما بين رجليه دخل الجنة » .

وأما قوله : « فقد أحرز ثلثي دينه » فيحمل على أنه جعل للفرج أكثر ما لِقَسيمه الذي يقابله ؛ لأن المعصية به أفحشُ ، وعقوبتُها أغلظ . وحكى إمام الحرمين أن الثلث الباقي هو أكل الحلال ، وهذا مثل ما ذكره تلميذُه الغزالي في الحديث الآخر ، وهو على ما اخترتُه وقررتُه ، وهو حفظ اللسان ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٣/ب) .

قلت : الحديث المذكور مَرْويّ بألفاظ مقاربة لما ذكره المصنفُ ، فقد رواه الطبراني في « الأوسط » بإسنادين عن أنس مرفوعًا بلفظ « من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان ، فليتقِ الله في النصف الباقي » . وفي أحد الإسنادين يزيد بن أبان الرقاشي كما في مجمع الزوائد(٢٥٥/٤) ويزيدُ بن أبان ضعيفٌ على قول كثير من أهل العلم ، وقال فيه ابن عدي : « أرجو أنه لا بأس به » . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٣٢٠/٨) ، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٩/ ٢٥١) ، المجروحين لابن حبان (٩٨/٣) ، المغني في الضعفاء للذهبي (٧٤٧/٢) . وفي الإسناد الثاني جابر بن يزيد الجعفي ، وهو ضعيف أيضًا كما سبق . وللحديث طريق أخرى عن أنس رواه الحاكم في المستدرك (١٦١/٢) مرفوعًا بلفظ : « من رزقه اللهُ امرأةً صالحة ، فقد أعانه على شطر دينه ، فَلْيتقِ الله في الشطر الثاني » قال الحاكم : هذا حديث صحيحُ الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي . والحديث أورده الحافظ المنذري في الترغيب والترهيب (٦٨/٣) وأقرَّ تصحيحَ الحاكم . وانظر العلل المتناهية لابن الجوزي (٦١٢/٢) . وتمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على ألسنة الناس من الحديث لابن الدَّيْبع الشيباني ص (٢٥٧) . وقد حسَّن الشيخ الألباني هذا الحديث كما في صحيح الجامع الصغير وزياداته (٢٦٩/٥) وسلسلة الأحاديث الصحيحة (١٦٠/٢) حديث (٦٢٥) .

(٣) في (ب) : « لم يمنع » .

(٤) في(أ)،(ب) : «إلا عجزًا أو فجورًا» وهو خطأ ظاهر . والقصة رواها ابن أبي شيبة في مصنفه(٤٥٣/٣) برقم(١٥٩١٠) من طريق سفيان بن عيينة عن إبراهيم بن ميسرة قال : قال لي طاوس : لتنكحنَّ أو لأقولَنَّ لك ما قال عمرُ لأبي الزوائد : «ما =

ولمَّا حضَرَتْ معاذًا [(١)] الوفاةُ قال : « زَوِّجوني ؛ كي [(٢)] لا أَلْقى الله عَزَبًا [(٣)] » .

وهذه الأحاديث ربما تُوهِمُ أن النكاح أفضلُ من التخلِّي لعبادة الله تعالى - كما ظنَّه أبو حنيفة (رحمه الله) [(٤)] - لكن الصحيح أنّ مَنْ لا تَتُوقُ نفسُه إلى الوقاع ، [(٥] فالتخلّي للعبادة أولى به [٥)] . ولذلك تفصيلٌ وغَوْرٌ استقصيناه في كتاب [آداب] [(٦)] النكاح من

= يمنعُك من النكاح إلا عجزٌ أو فجورٌ » ، إسناده صحيح .

وقال ابن الصلاح : « روى الشافعيُّ في القديم بإسناده أن عمر (رضي الله عنه) قال لأبي الزوائد : ما يَمْنعك من النكاح إلا عجزٌ أو فجورٌ » فقولُ المصنف : (لا يمنع من النكاح) بحذف كاف الخطاب : غيرُ معروفٍ ، وبينهما تفاوتٌ معلوم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٣/ب) .

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « معاذ » وهو خطأ ظاهر . وفي (ب) : « ولما حضرت الوفاةُ معاذًا »

(٢) في (أ) : « حتى » .

(٣) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٣/٣) برقم (١٥٩٠٩) . وفيه أيضًا مثلُ ذلك عن شداد بن أوس برقم (١٥٩٠٨) . وانظر سنن سعيد بن منصور (١٣٩/١) .

قال ابن الصلاح : « ماذكره عن معاذ (رضي الله عنه) يُوضحه ما رُوِيَ عنه أنه تُوفيتْ زوجتاه بالطاعون ، فقال - وقد ابتدأ به الطاعون - : « زوِّجوني كي لا أَلْقى الله عزبًا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٣/ب) .

(٤) في (أ) : « على ماهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله » .

قلت : ذهب عامة الفقهاء إلى أن النكاح واجبٌ على من يجد أُهبته ، ويخشى العنت إن لم يتزوج . أما القادر على مئونته ، ولا تتوق نفسُه إليه ، ولا يخشى على نفسه الوقوعَ في الحرام - إن لم يتزوج - فهذا قد اختُلِف في حكم نكاحه :

فمذهب الشافعية : أن النكاح في حق مثل هذا مباحٌ ، وأَن التخلِّي للعبادة أفضلُ له . انظر مغني المحتاج (١٢٥/٣) .

ومذهب الحنفية : أن النكاح مندوب في حقِّ مثل هذا ، وهو قول المالكية والحنابلة ، وهو ظاهرُ قول الصحابة وفِعْلهم . وعن الإمام أحمد رواية أن النكاح في حقِّ مثل هذا واجبٌ ، وهو مذهب الظاهرية .

انظر : المبسوط للإمام السرخسي (١٩٤/٤) . مقدمات ابن رشد مع المدونة (٢٣/٢) . الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر ص (٢٢٩) . المقنع في مذهب الإمام أحمد ص (٢٠٦) . المغني لابن قدامة (٦/ ٤٤٦) . المحلّى لابن حزم (٤٤٠/٩) .

(٥) في (أ) : « فالتخلي لعبادة الله تعالى أولى به » .

(٦) زيادة من (ب) .

ربع العادات (١) من كتب « إحياء علوم الدين » (٢) فَلْيُطْلَبْ منه .

وقد ندب رسولُ الله ﷺ في النكاح (٣ إلى أربعة أمور ٣) :

أحدها : طَلَبُ الحسيبة (٤) فقال عليه السلام : « تخيَّروا لِنُطَفِكُم ، فلا تضعوها في غير الأَكْفاء » (٥) . وقال : « إياكم وخضراءَ الدِّمَن ، وهي المرأة الحسناء في المنبت السُّوء (٦) » كذلك فسّره عليه السلام .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « العبادات » .

(٢) انظر إحياء علوم الدين (٢/٢٣ - ٣٤) فقد تكلم هنالك عن فوائد النكاح وآفاته .

وقال ابن الصلاح : « اختصارُ ما أحال عليه هنالك ، أن النكاح فيه فوائد وآفات . ففوائده محصورةٌ في خمس : وهو النُّسُك ، والتحصُّن لكسر الشهوة ، وتدبيرُ أمر المنزل مع الاعتضاد بعشيرتها ، وترويحُ القلب بالمعاشرة والمحادثة وأشباه ذلك ، ومجاهدة النفس ورياضتها برعاية الأهل والقيام بهنّ .

وآفاتُه ثلاثةٌ : التخليطُ في الاكتساب بسبب العجز عن كسب الحلال ، والقصور عن القيام بحقوقهنّ واحتمال اختلافهنّ ، والاشتغال عن الله تعالى بهنّ وبأولادهنّ . وعند هذا ، فَلينظر لمن وُجدت في حقّه هذه الفوائد - كلّها أو بعضها - وانْتَفَتْ عنه الآفاتُ كلها ، فلا شك أن النكاح له أفضل . ومن انتفت في حقه الفوائدُ ، واجتمعت عليه الآفاتُ ؛ فالعزوبةُ له أفضل ، وإن تقابلت الفوائدُ والآفات في حقه - على ما هو الغالب وقوعًا - فلْيزنِ الأمرين بميزان القسط ، فإذا غلب على ظنه رجحانُ أحدهما ، حُكِمَ بموجب الراجح ، والله أعلم » . المشكل . (جـ٢ ق ٧٤/أ) .

(٣) في نسخة أخرى : « إلى خمسة أمور » . (٤) في (أ) : « النسيبة » .

(٥) حديث حسن : وهو مَرْوِيٌّ من طريق عائشة (رضي الله عنها) وغيرها . حديث عائشة : رواه ابن ماجه (١/ ٦٣٣) (٩) كتاب « النكاح » (٤٦) باب « الأكفاء » حديث (١٩٦٨) . ورواه الحاكم في المستدرك (٢/١٦٣) والدارقطني في سننه (٣/٢٩٩) والبيهقي في السنن الكبرى (٧/١٣٣) جميعا من طرق عن الحارث بن عمران عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة . وفي إسناده الحارث بن عمران ، وهو ضعيف كما في لسان الميزان (٤/١٨١) وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/١٩٧) : « هذا الحديث رُوِيَ من حديث عائشة ومن حديث أنس ومن حديث عمر بن الخطاب من طرق عديدة ، وكلُّها ضعيفة » ا . هـ . ولكن الحافظ ابن حجر يذهب إلى أن الحديث يُعتبر حسنًا لغيره ؛ لكثرة طرقه ، قال في فتح الباري (٩/٢٨) : « وأخرجه أبو نعيم من حديث عمر ، وفي إسناده مقال ، ويَقْوَى أحدُ الإسنادين بالآخر » . وانظر علل الحديث لابن أبي حاتم (١/٤٠٤) .

(٦) حديث ضعيف : رواه الواقدي بإسناده عن أبي سعيد الخدري . ويُعَدُّ هذا الحديث من أفراد الواقدي ، وهو ضعيف . انظر مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٤/أ) .

الثاني : الندب إلى البكر ؛ فإنها أَحْرى بالمؤالفة ، وقال لجابر [1] : « هَلَّا تزوجتَ [2] بكرًا تُلاعبها وتُلاعبك [3] » وكان تزوَّج ثيبًا .

الثالث : الندب إلى الولود . قال ﷺ : « انكحوا الودود الولودَ ؛ فإني مكَاثِر بكـم الأمَمَ » [4] وقال : « لحصيرٌ في ناحية البيت خيرٌ من امرأة لا تَلِدُ » [5] .

الرابع : الندب إلى الأجنبية . قال ﷺ : « لا تنكحوا القرابةَ القريبةَ ؛ فإنّ الولد يُخْلَق ضاويًّا » [6] أي : نحيفا ، ولعلَّ ذلك لنقصان الشهوة بسبب القرابة .

[**الخامس : النَّدْبُ إلى الصالحةِ**. قال عليه السلام : عليك بذات الدين ، تَرِبَتْ يداك] [7] .

---

(١) هو أبو عبد الله جابر بن عبد الله بن عمرو الأنصاري ، وهو أحد المُكْثرين من الرواية عن رسول الله ﷺ . ومناقبه (رضي الله عنه) كثيرةٌ ، واستشهد أبوه يوم أُحُد ، ولم يتخلَّف جابر عن رسول الله ﷺ غزوةً قَطُّ ، ولم يَشْهد بدرًا ولا أُحدًا ، منعَه أبوه (رضي الله عنهما) ، وتوفي جابر بالمدينة عام (٧٣) هـ ، وقيل غير ذلك . انظر ترجمته في : الاستيعاب لابن عبد البر (٢١٩/١) . أسد الغابة (٢٥٦/١) . الإصابة (٢١٣/١) .

(٢) كلمة : « تزوجت » ليست في (أ) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٢٤/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٠) باب « تزويج الثيبات » برقم (٥٠٧٩) . ورواه مسلم (١٠٨٧/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٦) باب « استحباب نكاح البكر » حديث (٥٦) من أحاديث الباب . ورواه أبو داود في سننه (٥٤١/٢) حديث (٢٠٤٨) والترمذي (٤٠٦/٣) حديث (١٠٠) والنسائي (٦١/٦) وابن ماجه (٥٩٨/١) حديث (١٨٦٠) جميعًا من طرق عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) مرفوعًا .

(٤) حديث حسن : رواه أبو دواد (٥٤٢/٢) (٦) كتاب « النكاح » (٤) باب « النهي عن تزويج من لم يَلِدْ من النساء » حديث (٢٠٥٠) والنسائي (٦٥/٦) والحاكم في المستدرك (١٦٢/٢) وقال : « هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة » ووافقه الذهبي . ورواه البيهقي (٨٠/٧) من السنن الكبرى ، جميعا من طرق عن معقل بن يسار مرفوعًا .

ورواه ابن ماجه من حديث عائشة (٥٩٢/١) (٩) كتاب « النكاح » (١) باب « ما جاء في فضل النكاح » حديث (١٨٤٦) . ورواه سعيد بن منصور في سننه (١٣٩/١) برقم (٤٩٠) وأحمد في مسنده (١٥٨/٣) كلاهما من حديث أنس بن مالك . وقال البيهقي : حديث أنسٍ إسنادُه حسنٌ . وانظر الإفصاح عن أحاديث النكاح لابن حجر الهيتمي ص (٢٥) . مشكل الوسيط لابن الصلاح (جـ٢ ق ٧٤/ب) .

(٥) ، (٦) كلا الحديثين ليسَ له أصلٌ يُعْتمد عليه . كذا في مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٤/ب) .

(٧) مابين الحاصرتين زيادة من (أ) . ويبدو أن ابن الصلاح (رحمه الله) لم يَطَّلع على هذه النسخة ، فاستدرك على الإمام الغزالي قائلا : « تَرَكَ المؤلفُ (رحمه الله) أعلى المندوبات في ذلك ، وهو نكاح ذات الدين ، فقد ثبت عن =

المقدمة الثالثة

في النظر إليها بعد الرغبة في نكاحها

وذلك مستحبّ ؛ لقوله ﷺ : « مَنْ أَرَادَ نِكَاحَ امْرَأةٍ فَلْيَنظُرْ إليها ؛ فإنه أَحرى أنْ يُؤْدَمَ بينهما [1] » . وينبغي أن يَقْتصر على النظر إلى الوجه ، وذلك بعد العزم على النكاح إن ارتضاها [2] . ولا يُشترط استئذانُها في هذا النظر ، بل يكفي فيه إذنُ رسول الله ﷺ خلافًا

= رسول الله ﷺ أنه قال : « تُنكح النساء لأربع : لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظْفَرْ بذات الدين تربت يداك » وثبت أنه ﷺ قال : « الدنيا متاعٌ ، وخيرُ متاعِ الدنيا المرأةُ الصالحة » ا . هـ . المشكل (ق ٧٤/ب) .

قلت : حديث « تنكح المرأة لأربع ... » رواه مسلم (١٠٨٦/٢) (١٨) كتاب « الرضاع » (١٥) باب « استحباب نكاح ذات اليد » برقم (١٤٦٦) . وحديث « الدنيا متاع ... » رواه مسلم أيضا (١٠٩٠/٢) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٦) « استحباب نكاح البكر » حديث (١٤٦٧) .

وقال ابن الصلاح : « ومن المندوبات ألا يتزوج إلا ذاتَ عَقْل ، وألا يتزوج المرأةَ إلا بعد بلوغها . نص عليه الشافعيّ (رضي الله عنه) . ويُسْتحبّ ألا يتزوج إلا مَنْ يَسْتحسنها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٤/ب)

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (يُؤْدَم بينهما) هو بضمّ الياء ، ثم بهمزة ساكنة ، ودالٍ مهملة مفتوحة أي : تُجْعَل بينهما المحبةُ والاتفاق . وهذا الحديث رويناه بأسانيد ثابتة ، لا بهذا اللفظ العام ، بل بخطاب خاص ، وأن المغيرة بن شعبة (رضي الله عنه) أراد أن يتزوج امرأة ، فقال له النبي ﷺ : انظر إليها ، فإنّه أَحرى أن يؤدم بينكما والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٦/أ) .

قلت : الحديث رواه الترمذي (٣٩٧/٣) حديث (١٠٨٧) وقال : هذا حديث حسن ، ورواه النسائي (٦٩/٦) وابن ماجه (٥٩٩/١) حديث (١٨٦٥) والدارمي (١٨٠/٢) والحاكم في مستدركه (١٦٥/٢) وصححه على شرط البخاري ومسلم ، ووافقه الذهبي .

وروى ابن ماجه (٥٩٩/١) حديث (١٨٦٤) بإسناده عن محمد بن مسلمة مرفوعًا « إذا ألقى اللَّهُ في قلبِ امرىءٍ خِطْبَةَ امرأةٍ ، فلا بأسَ أن ينظر إليها » ورواه أحمد في مسنده (٤٩٣/٣) وابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٦/ ١٣٩) حديث (٤٠٣١) .

وقال ابن الصلاح : « وما ذكره من استحباب هذا النظر ، هو قولُ أكثر أئمتنا ، ومنهم مَنْ قصره على الإباحة ، وهو متجه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٦/أ) .

(٢) في (أ) : « إذا ارتضاها » .

قال ابن الصلاح : « ما ذكره المؤلف في « الوسيط » و « الوجيز » [٣/٢] من أنه يقتصر على النظر إلى الوجه ، غيرُ =

لمالكٍ [١] . وقد رُخّص في هذا النظر للحاجة ، وإلّا فالأصلُ تحريمُ النظر النظر إلى الأجنبيات [٢].

وقد جرت العادةُ ها هنا بذكر ما يَحِلُّ النظرُ إليه . [٣] والكلامُ فيه في أربعة مواضع [٣] :

الأول : نظرُ الرجلِ إلى الرجل . وهو مباحٌ إلا إلى العورة ، وذلك ما بين السّرة والركبة . ويَحْرم اللَّمْسُ [٤] كما يحرم النَّظَرُ [٥] . ولا يحرم نَظَرُ الإنسان إلى فَرْج نفسِه ، ولكن يُكْره من غير حاجة .

فرعان

أحدهما : أنه يَحْرم النظرُ إلى المرْد [٦] بالشهوة ، ويحلّ بغير شهوة [٧] عند الأَمْنِ من الفتنة .

= صحيح ، والصحيح نَقْلًا ومعنًى : أنه ينظر إلى الوجه والكفين ، نصّ عليه الشافعيّ والأصحابُ . وعلّله بعضهم بأنّ في الوجه ما يُستدل به على الجمال ، وفي الكفين ما يُستدل به على خصب البدن ونعومته ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٦/أ) .

(١) **مذهب الشافعية** : أن النظر إلى المرأة بقصد الخطبة جائزٌ بدون إذنها ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة ، وذلك على تفصيلٍ فيما يجوز النظرُ إليه . انظر الفقه على المذاهب الأربعة (١٣/٤ - ١٥) .

ومذهبُ الإمام مالك : أنها تُستأذن في هذا النظر . انظر الكافي لابن عبد البر ص (٢٢٩) . والبيان والتحصيل لابن رشد (٣٠٤/٤ وما بعدها) . شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٦٣/٣) .

وقد ذهب الإمامُ مالك إلى كراهة اغتفال المرأة لرؤيتها من أجل الخِطبة ؛ وذلك مخافة أن يَرى منها بعضَ عَوْرتها التي لا يجوز له النظرُ إليها ، ولئلا يكون ذلك ذريعةً للفسّاق في النظر إلى عورات المسلمات بحجة إرادة الخطبة . وأمّا من أجاز ذلك - واستدلّ بالأحاديث المرويّة - فإنما يُجيزُه إذا أُمِنَ النظر إلى العورات . انظر جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (٢٧٥/١) .

(٢) في (أ) : « للأجنبيات » .

(٣) في الأصل : « والكلام فيه في أربع مواضع » وهو خطأ . وفي (ب) : « والكلام في أربعة مواضع » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « المسّ » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ويحرم المسّ كالنظر) يُستفاد منه أنه لا يجوز للدلاك في الحمام أن يدلك من تحت الإزار ، بل يدلك من فوق الإزار . قلت : وقد يحرم المسّ مع حِلّ النظر كما في وجه المرأة وكفيها عند الخطبة ونحوها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٦/أ) .

(٦) المُرْد : جَمعٌ ، ومفرده « أمرد » وهو من لم تنبت لحيته ، يُقال : غلامٌ أمرد بَيِّنُ المَرَد . انظر : مختار الصحاح للرازي ص (٦٢٠) . المصباح المنير (٧٧٦/٢) . القاموس المحيط للفيروز ابادي ص (٤٠٧) مادة (م ر د) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الشهوة » .

وعند خوف الفتنة وجهان [1] : أحدهما : التحريمُ ؛ لأنهم [2] في معنى المرأة .

والثاني : الحِلُّ ؛ لِمَا رُوِيَ أنّ قومًا وفدوا على رسول الله ﷺ وفيهم [3] غلام حَسَنٌ ، فَأَجْلَسَه وراءه ، [4] وقال : ألا أَخاف [4] على نفسي ما أصاب أخي داودَ ؟! » . [5] ولم يأمرْه بالاحتجاب عن الناس بخلاف النساء .

ولم يزل الصبيانُ بين الناس مكشوفين ؛ فالوجهُ : الإباحةُ ، إلا في حقّ مَنْ [6] أحسَّ في نفسه بالفتنة [6] ، فعند ذلك يحرم [عليه] [7] بينه وبين الله تعالى إعادةُ النظرِ .

الثاني : أنه يُكره للرجلين الاضطجاعُ في ثوب واحد ؛ قال ﷺ : « لا يُفْضي الرجلُ إلى الرجلِ في ثوبٍ واحد ، ولا تُفضي المرأةُ إلى المرأة في ثوب واحد » [8] .

١٦٠/أ

الموضع الثاني : نَظَرُ المرأةِ إلى المرأة . وهو مباحٌ إلا فيما / بين السُّرة والركبة . وقيل : إنه كالنظر إلى المحارم ، وسيأتي . والصحيح أن الذّمّية كالمسلمة. وقيل : إنه لا يحلُّ للمسلمة التكشُّفُ

---

(١) قال ابن الصلاح : « في الأمرد عند خوف الفتنة حرامٌ قطعًا كما يأتي بيانُه إن شاء الله تعالى ، والأمردُ بذلك أولى ؛ لأنه غير قابل للاستباحة أصلًا ، » ا . هـ . وهذا هو الصحيح كما في الروضة (٢٥/٧) .

قلت : وقولُه : « غير قابل للاستباحة » يعني أنه لا يُعْقد عليه للنكاح ، ولا يجوز أن يُوطَأ بخلاف النساء .

(٢) في (ب) : « لأنه » . (٣) في (ب) : « ومعهم » .

(٤) في (ب) : « وقال : إني لا أخاف » . وهو خطأ ، ولعل صوابه : « إني لَأَخافُ ... »

(٥) قال ابن الصلاح : « الحديثُ الذي ذكره ضعيفٌ غير صحيح . ثم سبب كشف الصبيان أنهم لو مُنعوا ، وضُرب عليهم الحجاب إلى أن يلتحوا ، لفاتهم مِنْ تعلُّم الصنائع ، والتحرج من وجوه المصالح ، وأسباب المنافع وغير ذلك مما يتعذر عليهم تَلَافيه ، فكان تمكينهم من ذلك ، وإيجابُ الغضّ على من يَخَاف الافتتانَ بهم : متعيّنًا ؛ لِمَا في ذلك من رعاية الجانبين . وللمؤلفِ في هذا – في كتاب الإحياء – كلامٌ خيرٌ من كلامه ها هنا ، قال فيه : كلُّ من يتأثّر قلبُه بجمال صورة الأمرد ، بحيث يُدْرك في نفسه الفرقَ بينه وبين الملتحي – يعني من حيث الشهوة – فلا يحلُّ له النظر » . ومقتضى هذا الكلام تحريمُ النظر إلى الأمرد على كل من يخاف الفتنة ، وعلى بعض من لا يخاف الفتنه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٥/أ) .

قلت : وقد استنكر الإمام ابن تيمية أيضًا الحديثَ المذكور في تفسيره لسورة النور ص (٨٢ وما بعدها) .

(٦) في (أ) : « أحسّ بنفسه بالفتنة » . (٧) زيادة من (أ) .

(٨) الحديث رواه مسلم في صحيحه (٣) كتاب « الحيض » (١٧) باب « تحريم النظر إلى العورات » حديث (٣٣٨) .

ورواه أبو داود (٣٠٥/٤) حديث (٤٠١٨) والترمذي (١٠١/٥) حديث (٢٧٩٣) وابن ماجه مختصرًا (١/ ٢١٧)=

للذمية [١] .

الموضع الثالث : نظر الرجل إلى المرأة : فإن كانت منكوحةً أو مملوكة ، حَلَّ النظرُ إلى جميع بدنها ، وفي النظر إلى فرجها [٢] فيه ترددٌ ، وحمل الأصحابُ النَّهْيَ على أنه أراد به [٢] كراهيةً ، والكراهيةُ في باطن الفرج أشدُّ [٣] .

= حديث (٦٦١) جميعا من طرق عن الضحاك بن عثمان عن زيد بن أسلم عن عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري عن أبيه مرفوعًا .

وقال ابن الصلاح : « ذكر المؤلفُ اضطجاعَ الرجلين في ثوب واحد ، وهكذا يُكْره مثلُ ذلك للمرأتين ، وللمرأة وابنتها ، وللرجل وابنته المراهقتين .

وقولُه : (في ثوب واحد) يُفيد أنه يُكره وإن نام أحدُهما في جانب الثوب ، والآخرُ في الجانب الآخر منه . أمّاما ذكره صاحب « التهذيب » من أنه تكره المعانقة دون المصافحة ، فقد ذكر ذلك شيخه القاضي حسين ونسب ذلك لأبي حنيفة ، وقال : لم يذكر الشافعي هذه المسألة . قلت : لكنْ مذهب الشافعي اتباعُ الأثبت من الحديث ، وما رُوِيَ من تجويز معانقة الرجلِ الرجلَ - إذا لم تكن مؤديةً إلى تحريك شهوة - أثبتُ مما رُوِيَ في النهي عنها ؛ رُوِّينا في السنن الكبير بإسناد جيد عن الشعبي قال : كان أصحاب محمد ﷺ إذا التقوا ، صافحوا ، وإذا قدموا من سفر عانق بعضُهم بعضًا ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٦/ب) . وانظر سنن البيهقي (١٠٠/٧) .

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : إنه لا يحلّ للمسلمة التكشُّفُ للذمية) معناه أنه لا تكشف لها إلا ما يجوز للأجنبي أن يراه منها ؛ فإنها أجنبية في الدين . وقيل : إن هذا هو الصحيح بخلاف ما صار إليه المؤلف ؛ قال الله تبارك وتعالى :﴿ .. أَوْ نسائهنَّ ..﴾[النور ٣١] فخصَّ المسلمات ، وكتب عمرُ إلى أبي عبيدة (رضي الله عنهما) بالشام ، يأمره أن يمنع المسلمات من أن يدخلن الحمامات مع المشركات . أخرجه البيهقي » المشكل (جـ٢ ق٧٦/ ب) . انظر سنن البيهقي (٩٥/٧) . وقد رجح الإمام النووي أيضًا المنْعَ من ذلك كما في الروضة (٢٥/٧) .

(٢) ساقط من (أ) ، (ب) . (٣) في (أ) ، (ب) : « وفي النظر إلى فرجها كراهيةٌ ، والكراهةُ في باطن الفرج أشد » .

قال ابن الصلاح : « قال المؤلف : (وحمل الأصحاب النهي على الكراهة) قلت : حكايتُه لذلك عن الأصحاب عمومًا غيرُ مَرْضيٍّ ؛ لأن الخلاف منهم فى التحريم ، وهو القاضي حسين وغيره ، فإن الكراهة ثابتةٌ من غير خلاف . ثم في « النهاية » وغيرها أنّ نَفْيَ التحريم هو الصحيح ، وفي « التعليق » أنه نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) . وضعَّف صاحبُ « الشامل » الحديثَ الوارد في النهي بما لا يصلح موجبًا لضعفه ، وليس بضعيفٍ ، فقد أَورد الحافظ أبو أحمد بن عدي وأبو بكر البيهقي بإسناد جيد عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « لا ينظر أحدكم إلى فرج زوجته ، ولا فرج جاريته إذا جامعها ؛ فإن ذلك يُورِث العمى » . قيل : إنه يُورث العمى في الشخص الناظر ، وقيل : في الولد ؛ فيُولَد أعمى ، والأولُ أصحّ ، والله أعلم » مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/أ) .

وإن كانت مَحْرمًا، نَظَر (١) إلى ما يبدو في حالة المهْنة (٢)، كالوجه والأطراف (٣)، ولا ينظر إلى العورة، وفيما بين ذلك وجهان. وقيل: إن الثَّدْيَ [قد] (٤) يلتحق بالوجه؛ لأنه قد يبدو [كثيرًا] (٥) فأمرُه أخفُّ (٦).

وإن كانت أجنبيةً حرم النظرُ إليها مطلقا، ومنهم من جوَّز النظر إلى الوجه (٧ حيث تُؤْمن الفتنة، ٧) وهذا يُؤَدي إلى التسوية (٨ بين النساء والمرد ٨). وهو بعيدٌ؛ لأن الشهوة وخوفَ الفتنة أمرٌ باطن، فالضبطُ بالأنوثة – التي هي من الأسباب (٩) الظاهرة – أقربُ إلى المصلحة (١٠).

وكذلك لا يجوز للمخنَّث (١١)..

(١) في (أ): « ينظر إلى ».

(٢) في (أ): « في حال المهنة ». وقال ابن الصلاح: « المَهْنة: الخدمة، بفتح الميم وبكسرها، وأَبَى الأصمعيُّ الكسرَ ». مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/أ).

(٣) قال ابن الصلاح: « قولُ المؤلف: (كالوجه والأطراف) قصورٌ عما ذكره شيخه في « النهاية »؛ فإنه قال: « كالساق، والساعد، والعنق، والرأس، والوجه » وفي بعض التصانيف: نصف الساق ونصف الساعد، والله أعلم ». مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/أ).

(٤) زيادة من (أ).

(٥) زيادة من (أ) أيضًا.

(٦) قال ابن الصلاح: « في الثدي طريقان:

إحداهما: إلحاقه بمحل الوجه.

والثانية: إلحاقه بما يبدو في المهنة. وأطلق المؤلفُ هذا الخلافَ، وهو في « النهاية » و« البسيط » مقيّد بزمان الرضاع دون غيره ». مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/أ). قلت: وهو كذلك في الروضة (٧/٢٤).

(٧) في (أ): « حيث يُؤْمَن من الفتنة ».

(٨) في (أ): « بين المرد والنساء ».

(٩) في الأصل: « أسباب » والمثبت من (أ)، (ب).

(١٠) قال ابن الصلاح: « قوله بتحريم النظر إلى الأجنبية مطلقا، أي: سواءٌ فيه ما هو عورة، وما ليس بعورة، وسواءٌ أَمِن من الفتنة أو خَافَها. والتحريمُ عند خوف الفتنة: مجمعٌ عليه. وأما عند الأمن من الفتنة ففيه خلاف فيما ليس بعورة خاصة – وهو الوجه والكفان جميعًا – وليس مقصورًا في الوجه كما ذكره المؤلف. والجوازُ حكاه شيخه عن جمهور الأصحاب، والتحريمُ عن طوائف. قال: وإليه مَيْلُ العراقيين، والله أعلم ». المشكل (جـ٢ ق ٧٧/أ).

(١١) المخنَّثُ نوعان:

(الأول): مَنْ خُلق له فَرْجُ المرأة وفرجُ الرجل معًا. والجمع: خِناث، وخَناثَى، مثل حُبْلى وحَبالى، وهو المقصود هنا. =

والعِنِّين [١] والشيخِ الهِمّ [٢] النَّظَرُ ؛ حَسْمًا للباب [٣] ونَظَرًا إلى الفحولة الظاهرة دون الشهوة الباطنة . نعم ، يجوز للممسوح عند الأكثرين [٤] ؛ لأن الجَبَّ [٥] سببٌ ظاهر في قطع غائلة الفحولة ، وعليه يُحمل [٦] ....

= (الثاني) : من يتكسَّر في مِشْيته ، ويكون في كلامه وحركاته كالنساء . فيقال : فيه تخنيث وخَنَثٌ ، أو فيه انخناث . انظر : أساس البلاغة ص (١٢١) . المصباح المنير (٢٨٢/١) . والتعريفات ص (١٠١) والقاموس المحيط ص (٢١٦) مادة (خ ن ث) . أنيس الفقهاء (١٦٦) .

(١) العِنين : هو العاجز عن الوطء ، وربما اشتهاه ولا يمكنه . مُشتقّ من « عَنَّ الشيءُ » : إذا اعترض ، أي يعترض عن يمين الفرج وشماله . وربما يَصِلُ العنّينُ إلى الثيب دون البكر ، وربما يعنّ عن إحدى زوجتيه دون الأخرى . وقد تكون العُنّة بسبب سحرٍ ، أو لِضعفٍ في خلقته ، أو لكبر سنِّه ، وربما لا يريد النساءَ أصلًا . ويقال للمرأة : عِنِّينة ، وهي التي لا تريد الرجال . والاسمُ منه التَّعْنين ، والعنانة .

وقال النووي : « ما يقع في كتب أصحابنا من قولهم : « العُنّة » يريدون التعنينَ ، فليس بمعروف في اللغة ، وإنما العنة : الحظيرة من الخشب تُجْعل للإبل والغنم ، تُحْبس فيها » . انظر : مختار الصحاح (٤٥٨) . تصحيح التنبيه للنووي مع التنبيه للشيرازي ص (١٠٥) ، التعريفات ص (١٥٨) . القاموس المحيط ص (١٥٧٠) . مادة (ع ن ن) . أنيس الفقهاء ص (١٦٥) .

(٢) قال ابن الصلاح : « الهِمّ : بكسر الهاء وتشديد الميم ، هو الشيخ الفاني » . وانظر : لسان العرب لابن منظور (٤٧٠٦/٦) ، والقاموس المحيط ص (١٥١٢) مادة (هـ م م) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (حسمًا للباب) الأجودُ أن يقال : سدًّا للباب ؛ فإن الحسم عبارة عن القطع ، فيصير كأنه قال : قطعًا للباب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٧/ب) .

(٤) الممسوح : هو ذاهب الذكر والأنثيين ، يقال : خصيٌّ ممسوح : إذا سُلِتت مذاكيره . انظر : لسان العرب لابن منظور (٤١٩٦/٦) . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني (١٣٠/٣) .

وقال ابن الصلاح : « قوله : (ويجوز للممسوح) قلت : حكمه - على هذا - حكمُ الرجل المحْرَم ، وهذا في الممسوح خاصة ، فأما المجبوب الذي لم تقطع خصياه ، أو الخصيّ الذي ذكره باقٍ ، فهو كالفحل . وقد ذهب طوائف من أصحابنا إلى أن الممسوح أيضًا كالفحل ، وهذا أقوى ؛ لأنه رجل يَشْتهي النساء . وقد يقال للممسوح : مجبوب ، ومخصي ، وخَصِيّ أيضًا . ويلتحق بالخصيّ المسلولُ ، وهو الذى سُلتت بيضتاه سَلًّا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/ب) .

(٥) الجَبُّ : القطع . والمجبوبُ : مقطوع الذكر ، يقال : مجبوب بَيِّنُ الجِباب وقد يكون مستأْصَل الذكر والخُصَى معًا . انظر : تصحيح التنبيه للنووي ص (١٠٥) . لسان العرب (٥٣١/١) المصباح المنير ص (١٤٠) مادة (ج ب ب) .

(٦) في (أ) : « حُمِلَ » .

قولهُ تعالى : ﴿ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ ... ﴾ [١] وكذلك الطفولة [٢] سببٌ ظاهر ، فلا يجب الاحتجابُ عنهم [٣] . [٤] نعم ، تستر العورة [٤] عن الذي ظهر فيه داعيةُ الحكاية ، فإذا [٥] قارَبَ البلوغَ ، [٦] وظَهَر مباديءُ الشهوة [٦] وَجَبَ الاحتجابُ [٧] .

وقال القفال [٨] : ثبت الحلُّ ؛ فلا يرتفع [٩] إلا بسبب ظاهر ، وهو البلوغ .

ولا يُستثنى عن هذه القاعدة إلا نَظَرُ الغلام إلى سيدته ؛ فإنه مباحٌ [١٠] ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَوْ

---

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (غير أولي الإربة) الأصحُ في تفسيره أنه المُغَفَّل الذي في عقله شيءٌ ، الذي لا يكترث للنساء ، ولا يَشتهيهنّ . رُوِّينا ذلك عن ابن عباس وغيره (رضي الله عنهم) والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق٧٧/ب) .

(٢) في (أ) : « وكذا الطفولة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « منهم » .

(٤) في (ب) : « نعم ، يجب ستر العورة » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « وظهرت منه مباديء الشهوة » .

(٧) قال ابن الصلاح : « شَرْحُ ما ذكره الغزالي - في الطفل - وبَسْطُه : أن للطفل أحوالًا :

أحدها : ألا يُميز ، ولا تظهر فيه داعيةُ الحكاية لما يراه ، فهذا الذي قال فيه أولًا : (لا يجب الاحتجاب عنه) يعني مطلقا ، لا في العورة ولا في غيرها .

الثاني : أن تظهر فيه داعية الحكاية ، وذلك عند ظهور تباشير الفِطْنة فيه قبل سِنّ التمييز ، وتحدث فيه أوائل الشهوة وتظهر فيه .

الثالث : أن يتجاوز سنّ التمييز ، وتحدث فيه أوائلُ الشهوة ويظهر فيه التشوُّف إلى النساء ، فهذا كالرجل في وجوب الاحتجاب ، قَطَع به في « النهاية » و « البسيط » من غير خلاف .

الرابع : أن يتجاوز سنَّ التمييز ، ويقارب البلوغ ، ولكن لم يظهر منه التشوف إلى النساء ، ففيه الخلاف المذكور .

وهذا الذي أوضحتُه مفهومٌ من المذكور في كتاب « البسيط » ، و « نهاية المطلب » وهذه الكتب اختصار له [يعني أن البسيط ، والوسيط ، والوجيز اختصارٌ لنهاية المطلب] نعم ، في غير هذه الطريقة ما يقتضي إجراء خلاف في القسم الثالث أيضًا حتى يكون على وجهٍ كالمحارم في جواز النظر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٧/ب ، ٧٨/أ) .

(٨) انظر ترجمته في القسم الدراسي .

(٩) في (أ) : « فلا يرفع » .

(١٠) قال ابن الصلاح : « يعني أن نظر المملوك البالغ إلى مالكته مباحٌ على التفصيل المذكور في المحارم من حيث كونُه كالمحرَم في تحريم المناكحة بينهما ، وهذا هو المنصوص ، وهو ظاهر الكتاب والسنة ، وقال القاضي حسين : هو الصحيح من المذهب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٧٨/أ) .

مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾ (١) . ولعل السبب فيه ، الحاجةُ . وقد قيل بتحريم ذلك ؛ لما فيه من الخطر . ولكنْ ذلك يُحْوِجُ إلى تَعَسُّفٍ في تأْويل الآية .

ومن المستثْنَيَاتِ النَّظَرُ إلى الإماء (٢) ، حتى رُوِيَ أن عمر (رضي الله عنه) قال لجارية مُتَقَنِّعة (٣) : « أتتشبَّهين بالحرائر يا لَكْعاءُ (٤) ؟! » ولعل السبب فيه أنّ الرقيقة تحتاج إلى التردد في المهمات . ومنهم من قال : إنها كالحرة ، لا يُنْظر إليها إلا لحاجة الشراء . وهو القياس (٥) .

فرعان :

أحدهما : ما أُبِينَ (٦) من المرأة ، يجوز النظرُ إليه إن لم يتميّز بصورته عمَّا للرجال ، كالقُلامة وما يُنْتف من الشعر ، والجلدة المتكشطة . وإن تميّز – كالعضو المُبَان (٧) ، والعَقيصة (٨) – فلا يحلُّ النظرُ إليه (٩) .

---

(١) من الآية (٣١) سورة (النور) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ومن المستثنيات النظرُ إلى الإماء) يعني به أنه يجوز أن ينظر إلى إماء غيره – وإن لم يُرِدْ شراءهن – من غير شهوة ، إذا لم يَخَفِ الفتنة ، وحكمُه حكمُ النظر إلى النساء المحارم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (ق ٧٨/ب) .

(٣) أي : لبست قناعها .

(٤) السنن الكبرى (٢/٢٢٦ ، ٢٢٧) وفيها القصة بدون قول عمر ، واللُّكَع : يُطلق على اللئيم ، والعبد ، والأحمق . وامرأة لكاع – مثل قطام – لئيمة . ويقال لها أيضًا : لكيعة ولكعاء . انظر لسان العرب (٥/٤٠٦٨) .

(٥) وهو ما رجحه النووي أيضًا في الروضة (٧/٢٣) والمنهاج ص (٩٥) .

وقال ابن الصلاح : « وحكمُ أمته التي لا تحلّ له ، حكمُ الأمة الأجنبية ، وذلك مثل أمته المجوسية والوثنية والمرتدة والمعتدة والمكاتبة والمزوَّجة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٨/ب) .

(٦) أي : ما انفصل . يقال : بَانَ الشيء : أي انفصل ، فهو بائنٌ . انظر المصباح المنير (١/١١٢) مادة (ب ي ن) .

(٧) العضو المبان : أي المنفصل . انظر التعليق السابق .

(٨) العقيصة : الضفيرة ، وعقْصُ الشعر : ضَفْرُه ولَيُّه على الرأس . انظر : أساس البلاغة ص (٣٠٩) . مختار الصحاح ص (٤٤٦) مادة (ع ق ص) .

(٩) قال ابن الصلاح : « ما ذكره من الجزء المبان من المرأة من أنه لا يَنْظر إلى ما هو متميّز متشكّل ، مثل العضو المبان ، والعقيصة ، وينظر إلى ما ليس يتميز كالشعر المتنتف والقلامة ، فهو مَرْضِيٌّ له ، ولا أصل له في نقل المذاهب » .

الثاني : الصبية لا يحلّ النظرُ إلى فرجها [١] ، وفي النظر إلى وجهها وجهان [٢] :

أحدهما : الجواز ؛ لأنها خرجت عن مَظِنَّة الشهوة بسبب ظاهر .

والثاني : التحريم ؛ نظرًا إلى جنس الأُنوثة . وعلى الجملة أمرُها أهونُ من أمر العجوز ؛ [٣] فإنها محلٌّ للوطء [٣] ، والشهواتُ لا تنضبط .

الموضع الرابع : نظر المرأة إلى الرجل . أما نظرها إلى زوجها [٤] ، فكنظره إليها . ونَظَرُها إلى الأجانب ، فيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أنه كنظر الرجل إليها [٥] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قال صاحب الكتاب (رضي الله عنه) : (الصبية لا يحل النظر إلى فرجها) يعني وإن كانت بحيث لا تُشْتهى . وفي كتاب « العدة » للقاضي حسين الطبري أن عدم الجواز فيه ثابتٌ بلا خلاف ، وليس كذلك ؛ فإن في تعليق القاضي حسين المَرْوَرُّوذي القطعَ بأنه يجوز النظر إلى فرج الصبيّ الصغير ، وذكر فيه تلميذُه صاحبُ « التتمة » وجهين :

أحدهما : المنع .

والثاني : الجواز ؛ لِتَسامحِ الناسِ بذلك قديمًا وحديثا ، وذكر أنه الصحيح ، وأن إباحة ذلك تبقى إلى أن يبلغ سِنَّ التمييز ، ويصير بحيث يُمْكنه أن يَسْتر عَوْرته عن الناس » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٩/أ وما بعدها) .

(٢) قال ابن الصلاح : « وأما قولُ الإمام الغزالي : (وفي النظرِ إلى وجهها وجهان) فَعَجَبٌ تخصيصُه الوجهَ بالوجهين ، وذِكْرُه وجهًا في تحريم النظر إلى وجه الصغيرة التي لا تُشتهى ، عجبٌ جدًا ، لم أجده في غير هذا الكتاب ، ويكاد يكون خارقًا للإجماع . وقولُه في تعليله : (نظرًا إلى جنس الأنوثة) : باطلٌ بذوات المحارم ؛ فإنه لا خلاف في جواز النظر إلى وجهها ، وهذه أولى بذلك ؛ لخروجها عن مَظِنَّة الشهوة في حقّ جميع الناس . وذواتُ المحارم إنما خرجت عن مظِنة الشهوة في حق مَحْرمها خاصة ، والوجهان الجاريان في الصغيرة التي لا تُشتهى مذكوران في حكمها ، وهل هو حكمُ ذواتِ المحارم ؟ وهكذا ذكر ذلك في « البسِيط » ، وإن شاع إيرادُ وجهٍ في تحريم النظر إلى وجهها ، فَلْيجعل ذلك مَبْنيًا على الوجه المقول : إنها ليست كالمحارم ، ثم على قول من حرّم النظر إلى وجه الأجنبية الكبيرة عند الأمن من الفتنة والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٩/ب) .

(٣) في (أ) : « لأن العجوز محلّ الوطء » .   (٤) في (أ) : « الزوج » .

(٥) قال ابن الصلاح : « نظر المرأة إلى الرجل ، الوجه الأول فيه : أنه لا يجوز مطلقًا ، إلى العورة وغيرها ، إلا أن الوجه والكفين في الموضع الخاص ومواطنِ الحاجة ، فكما سبق في نظر الرجل إلى المرأة ، وهذا هو الصحيح عند غيره ، ولم يَذكر الشيخ أبو إسحاق – في طائفةٍ – سواه ، وهو قويٌّ ؛ لحديث أم سلمة (رضي الله عنها) قالت : كنتُ عند النبي ﷺ عند ميمونة ، فأقبل ابنُ أُمِّ مكتوم فقال : « احْتَجِبَا منه » فقلنا : يا رسول الله ، أليس هو أعمى ، =

والثاني : (١ أنه كنظره إلى المحارم ١) .

والثالث : – وهو الأصح – أنها تنظر إلى ما وراء العورة ، وتحترز عند خوف الفتنة كما يحترز الرجل من النظر إلى الأمرد (٢)؛ إذْ لو استوى النظرانِ ؛ لأُمِرَ الرجالُ أيضا بالتنقُّب كما أُمِرَ النساءُ .

هذا كلُّه في النظر بغير حاجة . فإن مَسَّت الحاجة – لِتحمُّلِ شهادةٍ (٣) ، أو رغبةِ نكاح – جاز النظرُ إلى الوجه . ولا يحلُّ النظرُ إلى العورة إلا لحاجة مؤكّدة (٤) ، كمعالجة مرض شديد ، (٥ يُخَاف عليه فوتُ العضو ٥) ، أو طول الضَّنَى (٦) . ولْتكن الحاجةُ في السوأتين آكدَ ، وهو أن تكون بحيث لا يُعَدُّ التكشُّفُ (٧) لأجله هَتْكًا للمروءة ، وتُعْذر فيه في العادة ؛ فإن سَتْرَ العورة من المروءات الواجبة .

= لا يُبْصِرنا ولا يَعْرِفنا ؟! فقال رسول الله ﷺ : أَفَعَمْيَاوانِ أنتما ، أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِه ؟! أخرجه أبو داود وغيره [أبو دواد ٣٦١/٤] . وأما حديث عائشة (رضي الله عنها) في نظرها إلى الحبشة وهم يلعبون ، فقد ورد ما يدلّ على أن ذلك قبل بلوغها ، ويُحتمل أنه كان قبل أن يُضْرب عليهنّ الحجاب ، ووقائعُ الأعيانِ يَسْقط الاحتجاجُ بها بتطرُّقِ الاحتمال إليها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٧٩/ب) .

قلت : رجّح الإمام النووي الوجه الأول كابن الصلاح خلافًا لما رجحه الإمام الغزالي . انظر : مغني المحتاج (٣/ ٣٢) . روضة الطالبين (٢٥/٧) . وانظر فتح الباري (٢٤٨/٩) .

(١) في (أ) : « أنه كنظر المحارم إلى المحارم » .   (٢) في (أ) : « المرد » .

(٣) في (أ) : «الشهادة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « الحاجة المؤكدة لها ضابطان :

أحدهما : خَوْفُ الفوات في العضو ، أو خوف الضَّنى ، ولا يجيء فيه خلافُ التيمم ، فإن هذا البابَ أوسعُ .

الثاني : أن تكون بحيث لا يُعَدّ التكشف بسببه هاتكا للمروءة .

وعند هذا ، فاعلم أنّ قول المؤلف : (وهو أن تكون بحيث لا يُعَدُّ التكشُّف لأجله هَتْكا) راجعٌ إلى قوله : (كحالة مؤكدة) وشرحٌ لذلك ، والله أعلم . ثم اعلمْ أن ما جاز من النظر واللمس بحاجة المداواة ، إذا وقعت الحاجة لامرأة ، ووجدت امرأةٌ تقوم بذلك منها ، فلا يجوز لرجل . وإذا وجدتْ مسلمًا ، فلا يكون ذِميًّا ، قطع بذلك القاضي وصاحبُه صاحبُ « التتِمَّة » ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٠/أ).

(٥) في (أ) : « يُخاف منه فَوَاتُ عضوٍ » . وفي (ب) : « يخاف منه فوت العضو » .

(٦) الضني : المرض . يقال : أضناه المرضُ ، أي : أثقله . انظر مختار الصحاح للرازي ص (٣٨٥) . المصباح المنير للفيومي (٥٠٦/٢) . القاموس المحيط للفيروز ابادي ص (١٦٨٣) . مادة (ض ن ي) .

(٧) في (أ) : « الكشف » .

ولم يُجوز الإِصْطَخْرِيُّ [١] النظرَ إلى الفرج لتحمُّلِ شهادة الزنا ، وخالف فيه الأصحابَ . وما ذكره غيرُ بعيدٍ ؛ لأن سَتْر العورة وستْر الفواحش ، كلاهما مقصودان ، فيختص تحمُّلُ الشهادة [٢] بما إذا وقع البصرُ عليه وِفاقًا .

* * *

(١) انظر ترجمته في القسم الدارسي .

(٢) كلمة « الشهادة » ساقطة من (ب) .

المقدمة الرابعة

في الخِطْبة وآدابها

وينبغي أن يُقَدِّم النظرَ عليها ؛ إذْ في الردّ بعد الخِطْبة إيحاشٌ . والتصريحُ بخطبة المعتَدَّة حرامٌ ، والتعريضُ جائزٌ في عدة الوفاة [١]، وحرامٌ في عدة الرجعية [٢] . وفي عدة البائنة [٣] وجهان [٤] .

وسببُ التحريم أنها مُسْتوحِشةٌ بالطلاق ؛ فربما كَذَبتْ في انقضاء العدة ؛ مُسَارعةً إلى مكافأةِ الزوج .

والتعريضُ [هو] [٥] أن يقول : « رُبَّ راغبٍ فيكِ » و « إذا حَلَلْتِ فآذنيني [٦] » كما قاله [٧]رسول الله..

---

(١) يدل على ذلك قولُه تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَليكم فيما عرضْتُمْ بِهِ من خِطبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فى أَنْفُسِكُمْ ... ﴾ الآية (البقرة : ٢٣٥) .

(٢) في (ب) : « الرجعة » . والطلاق الرجعيّ : هو الذي يملك فيه الزوج ردَّ مطلقته إليه ما دامت في عِدَّتها وإن كانت غَيْرَ راضية . انظر أنيس الفقهاء ص (١٥٩) .

(٣) الطلاق البائن : هو الذي لا يملك الزوجُ فيه رجعةَ امرأته وإن كانت في عدتها ، وهو نوعان :

أ – طلاق بائنٌ بينونةً صغرى : وهو الذي يحتاج فيه إلى تجديد العقد ، ومثاله الطلاق قبل الدخول ، أو الطلاق الأول أو الثاني بعد الدخول إذا لم يردّها حتى انقضت عدتُها ، فيكون بائنًا .

ب – طلاق بائن بينونة كبرى ، كالطلاق الثلاث ؛ فمن طلق زوجته ثلاثًا ، فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره ، ثم يطلقها أو يموت عنها ، وتقضي منه عدتها . انظر : الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٤٣٢/٧ – ٤٣٥) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفي عدة البائنة قولان) هكذا النقل في طريقتَيْ خراسان والعراق ، وفي طريقة القطع أن المطلقة بالثلاث كالمتوفّى عنها زوجُها ، وهذا هو الصحيح ؛ لأن فاطمة بنت قيس (رضي الله عنها) طلقها زوجُها ثلاثًا ، وعرّض النبي ﷺ بخطبتها في عدتها ، فقال : « فإذا حَلَلْتِ فآذنيني » رواه مسلم في صحيحه ، وكذلك البائنة باللعان و الرضاع . وإنما القولان في البائنة بخلع أو فسخٍ بعيب ونحوه . والفرقُ : أن الزوج يجوز له نكاحُ هذه في العدة ، ولا يجوز لغيره التعريضُ بخطبتها كالرجعية ، بخلاف المطلقة ثلاثًا ومن ألحقناها بها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٠/ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) أي إذا انقضت عدتك وحَلّ الزواج لكِ ، فأعلميني .

(٧) في (أ) : « قال » .

ﷺ [١] . ولا تجوز الخِطْبةُ على خِطْبة الغير بعد الإجابة [٢] ، وتجوز قبل الإجابة . وهل يكون السكوت كالإجابة ؟ فيه قولان . وقد رُوِي [٣] أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس [٤] : « إذا حَلَلْتِ فآذنيني » فلما حَلَّت قال : « انكحي أُسامةَ » فقالت : خَطَبني أبو جَهْم ومعاويةُ ، قال : « أما معاوية فصُعْلوكٌ لا مال له ، وأما أبو جَهْم فلا يضع عصاه عن عاتقه » أي : يدوام الضرب [٥] ، وقيل : يدوام السَّفَر . وذلك يدل على جواز ذكر الغائب بما يكرهه إذا كان فيه مصلحةٌ لغيره [٦] ؛ ولذلك قال (عليه السلام) :

---

(١) قال ذلك لفاطمة بنت قيس (رضي الله عنها) . والحديث رواه مسلم في صحيحه (١١١٤/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (٦) باب « المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها » . حديث (١٤٨٠) . ورواه أبو دواد (٧١٢/٢) . حديث (٢٢٨٤) والترمذي (٤٤١/٣) . حديث (١١٣٥) . والنسائي (٢١٠/٦) . وابن ماجه (٦٠١/١) . حديث (١٨٦٩) جميعًا من طرق عن فاطمة بنت قيس (رضي الله عنها) مرفوعًا .

(٢) قال ابن الصلاح : « والاعتبار في إجابة الخاطب ورَدِّه بالولي إذا كان مُجْبِرًا ، وبالمرأة إن كانت مُجْبَرة ؛ فإنّ وليَّها لو امتنع من تزويجها ممن رغبتْ فيه من الأكفاء ، لزوَّجها السلطَانُ ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٨٠/ب) .

(٣) صيغة « رُوِيَ » تُسمَّى في اصطلاح علماء الحديث بصيغة التضعيف ، وهي لا تُسْتخدم في رواية الأحاديث الصحيحة ، وإنما تستخدم في رواية الأحاديث الضعيفة ، لا سيما إذا كانت بغير إسناد . أما ما ظهرتْ صحتُه من الأحاديث ، فيقال فيه بصيغه الجزم : « قال رسول الله كذا » . انظر : مقدمة ابن الصلاح مع شرحها التقييد والإيضاح ص (١٣٦) .

(٤) هي فاطمة بنت قيس بن خالد الفهرية القرشية ، وهي أخت الضحاك بن قيس ، وكانت من المهاجرات الأوائل ، وذات عقل وافر وكمال ، وفي بيتها اجتمع أصحاب الشورى . رُوِيَ لها عن النبي ﷺ أربعة وثلاثون حديثًا . انظر ترجمتها في : الاستيعاب لابن عبد البر (١٩٠١/٤) . تهذيب التهذيب (٤٤٣/١٢) .

(٥) قال ابن الصلاح : « هذا مُصَرَّح به فيما رواه مسلم في صحيحه في بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال لها : وأما أبو جهم ، فرجلٌ ضَرَّاب للنساء ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٠/ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : قوله : (جواز ذكر الغائب بما يكرهه إذا كان فيه مصلحة لغيره) أجودُ منه قولُه في الإحياء : « المرخَّص في الغِيبة غرضٌ صحيح في الشرع ، لا يمكن التوصُّلُ إليه إلا بها ، كالتظلُّم ، والاستعانةِ على تغيير المنكر ، والاستفتاءِ - كما رُوي « إن أبا سفيان رجلٌ شحيح » - والتحذيرِ والنصيحةِ ، والتعريفِ في حقّ من يُعْرف بِلَقَبٍ . وكلُّ هذا بشرط أن يكون المقصودُ هذه الأمورَ ، لا الوقيعةَ فيه . وإذا كان مجاهرًا بفسق أو يَدَّعيه ، جاز أن يُذكر ما تَظَاهر به لا غيرُ . » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١/أ)

١٥٥/ب

« اذكروا الفاسقَ بما فيه كي يحذرَه الناسُ [(1)]» / .

* * *

= قلت : لخص ابن الصلاح ما في « الإحياء » ولم ينقله بنصِّه ، انظر الإحياء (٣/١٤٣، ١٤٤) . وحديث « إن أبا سفيان رجل شحيح ... » رواه البخارى (٩/٤١٨) (٦٩) كتاب « النفقات » (٩) باب « إذا لم ينفق الرجل ... » حديث (٥٣٦٤) .

(١) حديث ضعيف : رواه ابنُ حبان في « المجروحين » (١/٢٢٠) والطبرانيُّ فى المعجم الكبير (١٩/٤١٨) وفي إسناده الجارود بن يزيد ، وهو « مُنْكَرُ الحديثِ » كما في الضعفاء الصغير للبخاري ص(٥٥).وقدرُمِيَ بالكذب كما في الكشف الحثيث عمن رُمِيَ بوضْع الحديث لبرهان الدين الحلبي ص (١٢١)

وهذا القول منسوبٌ للحسن البصري كما قاله ابن تيمية في تفسير سورة « النور » له ص (٩) ولكن بلفظ : « أَتَرِعُون عن ذكر الفاجر ؟! اذكروه بما فيه كي يَحْذَره الناس » وقد ضعَّفه أيضًا الإمامُ ابن الصلاح وقال : « وفي حديث فاطمة بنت قيس وغيره - مما صَحَّ في هذا المعنى - غُنْيَةٌ عنه » ا . هـ . وانظر : كشْف الخفاء ومُزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلوني (١/١١٤) . أسْنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب ص (٥٠) .

المقدمة الخامسة

في الخُطْبة (١)

ويُسْتحب ذلك عند الخِطبة وعند إنشاء العقد . وسواءٌ يخطب (٢) العاقدان أو غيرهما ، فهو حسَن (٣) . وإن قال الوليّ : « الحمد لله والصلاة على رسول الله (٤) ، زوجتُك فلانةً » فقال الزوجُ : « الحمد لله والصلاة على رسول الله (٤) قبلتُ : صَحَّ النكاح وكان أحسنَ . وتَخَلُّلُ هذه الكلمةِ اليسيرة - وهي متعلقةٌ بغرض العقد - لا يقطع الجوابَ عن الخطاب (٥) . وفيه وجه

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « المقدمة الخامسة : الخطبة » والزيادة من (أ) .

وهذه الخطبةُ تُسَمّى بخطبة النكاح . وقد رواها أبو دواد (٥٩١/٢) (٦) كتاب « النكاح » باب « في خطبة النكاح » حديث (٢١١٨) بإسناده عن ابن مسعود قال : علَّمنا رسولُ الله ﷺ خطبة النكاح : إن الحمد لله نستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، من يهده اللهفلا مُضِلَّ له ، ومن يُضْلِل فلا هاديَ له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله « يا أيها الناسُ اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبَثَّ منهما رجالا كثيرًا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا » ، « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حَقَّ تُقَاتِه ولا تموتُنَّ إلا وأنتم مسلمون » ، « يا أيها الذين آمنو اتقوا الله وقولوا قولًا سديدًا يُصْلح لكم أعمالكم ويَغْفر لكم ذنوبَكم ومن يُطِع الله ورسولَه فقد فاز فوزًا عظيمًا » .

ورواها أيضًا الترمذي (٤١٣/٣) حديث (١١٠٥) وقال : حديث حسن ، ورواها النسائي (٨٩/٦) وابن ماجه (٦٠٩/١) حديث (١٨٩٢) . وأحمد في « مسنده » (٣٩٢/١) والدارميّ في « سننه » (١٩١/٢) ، والحاكم فى « المستدرك » (٢ / ١٨٢) والبيهقي في « السنن الكبري » (١٤٦/٧) جميعًا من طرق عن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) مرفوعًا .

(٢) في (أ) : « خطب » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قولُه : (وسواءٌ خطب العاقدان أو غيرهما) هذا على البدل ؛ لأن العاقديْن لا يخطُبان جميعًا ؛ لأن المشروع - قبيل العقد - خطبةٌ واحدة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١/أ) .

(٤) مابين القوسين ساقط من (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (وتخلُّلُ هذه الكلمةِ - وهي متعلقةٌ بغرض العقد - لا يقطع) فهذان شرطان لهذا الوجه الصحيح . فإن كانت خطبة الخاطب طويلة لم ينعقد . وإن تخلَّل بينهما كلامٌ يسير - لا تَعَلُّق له بغرض العقد - مَنَع الانعقاد ؛ لأنه إعراضٌ عن الجواب . وفيه وجه : أنه لا يمنع أيضًا كالسكوت اليسير ، وللشافعيّ ما يدل عليه . ولاشك أن السكوت اليسير لا يمنع ، والسكوتُ الطويل يمنع ، وهو الذي يُشْعِر بإعراض القائل عن جواب الإيجاب ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١/ب) .

بعيد : [أنه يقطع] (١) .

هذا هو الكلامُ في قسم المقدمات ، جَرَينا فيه على ترتيب الوجود ؛ إذ البدايةُ بالرغبة ، ثم بالنظر ، ثم بالخِطْبة ، [ثم بالخُطبة] (٢) ، فنشرع في شرح العقد (٣) .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) أيضًا .

(٣) قال ابن الصلاح : « اعلم أن لعقد النكاح آدابًا تركَها صاحبُ الكتابِ ، تَمَسُّ الحاجة إليها ، ومنها :

* يستحب أن يكون العقد في مسجد ؛ لما روت عائشة (رضي الله عنها) قالت : قال رسول الله ﷺ : « أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف » أخرجه الترمذي غير أنه قال : حديث غريب . [رواه الترمذي في سننه (٣٩٨/٣) (٩) كتاب « النكاح » (٦) باب « ما جاء في إعلان النكاح » حديث (١٠٨٩) وقال : هذا حديث غريب حسن فى هذا الباب] .

* ويستحب أن يكون في شوال . والعامةُ تنفر من ذلك وتتشاءم به ، وهي غالطة ؛ إذ صحّ عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : « تزوجَني رسول الله ﷺ في شوال ، ودخل بي في شوال ، فأيُّ نسائه كان أحظى عنده منّي ؟ » . وكانت عائشة (رضي الله عنها) تَسْتحب أن تُدْخِلَ نساءَها فى شوال » أخرجه مسلم في صحيحه . [رواه مسلم (١٠٣٩/٢) (١٦) كتاب « النكاح » (١١) باب « استحباب التزوُّج والتزويج في شوال ... » حديث (١٤٢٣)] .

* ويُسْتحب إحضارُ جَمْعٍ من أهل الصلاح زيادةً على الشاهدين .

* ومن آدابه المهمة : أن ينوي بالنكاحِ المقاصدَ الشرعية ، كإقامة السنة ، وصِيانة الدين ، وسائر الفوائد الدينية التى سبق ذِكْرها عند ذِكْر الترغيب في النكاح ؛ حتى يكون عملًا من أعمال الدين غيرَ مُتَّبعٍ فيه مجردَ الهوى وغرضَ النفس ، والله أعلم بالصواب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١/ب) .

القسم الثاني من الكتاب [١]

في الأركان والشرائط

وهي أربعة : الصِّيغةُ ، والمحَلُّ ، والشّاهد ، والوليّ .

الأول : الصيغة . وهي الإيجابُ والقبولُ الدَّالَّانِ على جَزْم الرضا دلالةً صريحة [٢] قاطعة . وفيه مسائلُ ستة [٣] :

الأولى : أن الصريح هو كلمةُ « الإنكاح » و « التزويج » ؛ فلا يقوم [٤] لفظٌ آخرُ مقامَهما ؛ لأن النكاحَ يشتمل على أحكامٍ غريبة ، لا يحيط بجميعها لفظٌ من حيث اللغة ؛ فيتعينُّ اللفظُ المحيطُ بها شرعاً ؛ (٥ ولذلك لا نزيد أيضاً ٥) في صرائح الطلاق على ما وَرَدَ في القرآن .

وقال أبو حنيفة (رحمه اللّه) : ينعقد النكاح بلفظ « الهبة » و « البيع » و « التَّمْليك » وكلّ ما يُفِيد معنى التمليك [٦] .

---

(١) يعني من كتاب النكاح .

(٢) في (أ) : « صحيحة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « سِتّ » . وهو وجه جائز أيضاً .

(٤) في (أ) : « يُقام » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (لأن النكاح يشتمل على أحكام غريبة ...) شرحهُ : أن المعقود عليه في النكاح هو منافع الاستمتاع ، والثابتُ فيها الحِلُّ اللازم ، الذي يجوز رفْعُه بالطلاق وغيرِه ، وليس المعقودُ عليه عَيْنَ المرأة - كما قاله بعضُ العلماء - ولا منافعَ البضع كما قاله آخرون ، ولا تثبت فيه حقيقةُ الملك في عينٍ ولا منفعة . وغايةُ ذلك أنه لا يقبل النقلَ ، كما جرى ذلك في ملك الرقبة في ملك اليمين ، وفي ملك المنافع في الإجارة ، ولم يشترط فيه شروطها ، ولهذا جاز تزويجُ الأمة الآبقة ، ثم وَجَبَ العوض فيه مع فوات المقصود منه بالموت ، ولم يفسد الملك فيه بفساد العوض ، إلى غير ذلك من الأحكام . فلما كان ذلك كذلك ، تعينَّ في عَقْده اللفظُ الخاص المنصوص عليه ولم يَجُزْ بالألفاظ الموضوعة » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨١ / ب وما بعدها) .

(٥) في (أ) : « ولذلك أيضًا لا نزيد » .

(٦) في (أ) : « الملك » .

=

....

مذاهب الأئمة الأربعة في الألفاظ التي ينعقد أو لا ينعقد بها النكاح :

هذه الألفاظ ثلاثةُ أنواع بحسب اتفاق العلماء واختلافهم :

(الأول) : ما اتفقوا على انعقاد النكاح به . وهو لفظ « التزويج » و « الإنكاح » أو ما اشتُقّ منهما ؛ وذلك لورود هاتين اللفظتين في القرآن وتكرِرهما ، قال تعالى :﴿وأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور : ٣٢] وقال : ﴿ فلما قَضَى زَيْدٌ منها وَطَرًا زوَّجْنَاكَهَا ﴾ [الأحزاب : ٣٧] انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٢ / ٥) . المغني لابن قدامة (٦ / ٥٣٢) . الفقه الإسلامي وأدلته د . وهبة الزحيلي (٧ / ٣٨)

(الثاني) : ما اتفقوا على عدم الانعقاد به . وهي الألفاظ التي لا تفيد التمليكَ في الحال ، ولا بقاءَ الملك مدة الحياة ، كلفظ « الإعارة » و « الإجارة » و « الوصية » و « الرهن » و « الوديعة » ونحو ذلك . انظر : بدائع الصنائع للكاساني (٢/٢٢٩) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢ / ٢٢) . منهاج الطالبين وعمدة المفتين للنووي ص (٩٥) . المقنع في مذهب الإمام أحمد لابن قدامة ص (٢٠٧)

(الثالث) : ما اختلفوا في الانعقاد به وإن كان يُفيد التمليكَ في الحال وبقاءَ الملك مدة الحياة ، مثل لفظ « البيع » و « التمليك » و « الهبة » ونحوها .

مذاهب الأئمة الأربعة في النوع الثالث :

مذهب الشافعية : بطلانُ النكاح بهذه الألفاظ ، وهو مذهب الحنابلة أيضاً . انظر : الأم (٥/٣٧) . أحكام القرآن للشافعي جمع الإمام البيهقي (١ / ١٨١) . حاشية قليوبي وعميرة (٣/٢١٦) . المغني لابن قدامة (٦/ ٥٣٣) .

مذهب الحنفية : وحاصلُ الألفاظ عندهم أربعةُ أقسام :

(أ) قسم لا خلاف - بينهم - في الانعقاد به . وذلك مثل لفظ « الهبة » و « الصدقة » و « الجعل » و « التمليك » .

(ب) قسم اختلفوا - بينهم - في الانعقاد به ، والراجحُ عندهم فيه الصحة ، وهو : « بعتُ نفسي منك بكذا » أو « اشتريتكِ بكذا » فقالت : نعم ، وذلك بشرط وجود النية ، أو القرينة وفَهْمِ الشهودِ المقصودَ ، أو الإعلان به .

(جـ) ما اختلفوا فيه ، والراجحُ عندهم عدم الانعقاد به : كلفظ « الإجارة » خلافاً للكرخي ، ولفظ « الوصية » ؛ لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت ، خلافاً للطحاوي .

(د) ما اتفقوا فيه مع الجمهور على عدم الانعقاد به ، كلفظ الإعارة والرهن . انظر المبسوط (٥ / ٥٩) . بدائع الصنائع (٢/٢٢٩) . الاختيار لتعليل المختار (٣/٨٣) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٢/٩٦ - ٩٨) فتح القدير للكمال بن الهمام (٣/١٩٣ - ١٩٧) . الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٣/١٨) .

فرعٌ : الصحيحُ أن ترجمتها بالفارسية وسائرِ اللغات ، يقومُ مقامها [1] ؛ لأنها في معناها . وقيل : يقوم مقامها [2] عند العجز فقط . وقيل : لا يجوز ذلك أيضًا ، وعلى العاجز أن يَستنيب القادرَ .

الثانية : لا ينعقد النكاح بالكنايات مع النية ؛ لأنها تتعلق [3] بتفهيم الشاهد ولا مطْلعَ له على النية . ويَصحّ [بها] [4] الإبراءُ والفسخُ والطلاق ، وما يستقلُّ به الإنسان .

وأما البيع – وما يفتقر [5] إلى القبول – ففيه وجهان ، مأخذهما : أن القائل ، هل يكون كالشاهد ، حتى لا يكفي [6] تفهيمُه بقرينة الحال ؟ .

فرعٌ : إذا قال : « زوجتُكَهَا » ، فينبغي أن يقول الزوج : « قبلتُ نكاحَها » أو « قبلتُ هذا النكاح » [7] . فلو اقتصر على قوله : قبلتُ ، ففيه وجهان [8] ، مأخذُهما : أن قوله : « قبلتُ » ليس صريحًا بنفسه [9] ما لم ينضمَّ [10] فيه الإيجابُ السابق .

= مذهب المالكية : ينعقد النكاح – عندهم – بلفظ « الهبة » إذا ذُكر معه الصداق ، أما ألفاظ « البيع » و « الصدقة » وما يماثلها ، فاختلفوا فيه ، فرجّح بعضُهم الانعقادَ به إنْ سمّى الصداق ، ورجح بعضُهم عدمَ الانعقاد به مطلقا . انظر : حاشية الدسوقي (٢ / ٢٢١) .

(١) ، (٢) في (ب) : « مقامهما » .

(٣) في الأصل : « لا تتعلق » وهو خطأ ، والتصحيح من (أ) . وفي (ب) : « لأنه يتعلق » .

(٤) ليست في الأصل ونسخة (أ) . وفي (ب) : « ويصح بهما » وهو خطأ . والمقصود أنه يصح الطلاق والفسخ والإبراء عن الحق بالكنايات مع النية .

(٥) في (ب) : « يقتصر » وهو خطأ .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « لا يكتفي » والمثبت من (أ) .

(٧) قال الحموي : « قوله : (فرع : إذا قال : زوجكتها ، فينبغي أن يقول الزوج : قبلتُ نكاحَها ، أو : قبلت هذا النكاح) .

قال المؤلف : ما ذكره الشيخ غيرُ مُستحسنٍ ، فإنه كان الأولى أن يقول : قبلتُ تزويجَها أو هذا التزويجَ ؛ ليناسب اللفظ .

قلت : وإن كان كذلك إلا أنه جائزٌ ؛ نظرًا إلى المعنى ؛ فإنه لم يشترط أن يذكر الأَوْلى » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٥ /أ) .

(٨) والأصح أنه لا ينعقد كما في الروضة (٧ / ٣٧).

(٩) في (أ) : « في نفسه » .

(١٠) في (أ) : « يضمر ».

الثالثة : نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) على أن النكاح ينعقد بالاستيجاب والإيجاب [(١)] ، وهو قوله [(٢)] : « زوّجنيها » وقولُ الولي : « زَوَّجْتُكَها » ، ونصَّ في البيع على قولين [(٣)] ، وقطع الأصحاب بأن ذلك يكفي في الخلع [(٤)] والعِتْق على المال [(٥)] ، والصلح عن دم العمد ؛ لأن العوض غير مقصود فيها ، وإنما [(٦)] لا ينعقد البيع على قول ؛ لأنه قد يقول : « بِعْني » على سبيل استبانة الرغبة من غير بَتٍّ [(٧)] الرضا في الحال [(٨)] ؛ لأنه قد يقع « بعتُه » بخلاف النكاح . ومن الأصحاب مَنْ طرد القولين في النكاح . ومنهم مَنْ طرد [(٩)] القولين في الخلعِ [(٩)] والصلحِ وغيرِ هذا [(١٠)] . وهو غريبٌ ، لكنه مُنْقاسٌ جدًّا .

الرابعة : النكاحُ لا يقبل حقيقةَ التعليق ، مثل أن يقول : « إذا جاء رأسُ الشهر فقد زوجتُك » ، ولا يَحْتمل أيضًا لَفْظَه ، مثل أن يقول : « إن كان قد وُلِدَ لي بنتٌ فقد زوجتكها [(١١)] »

---

(١) انظر الأم (٥ / ٢٣) . (٢) في (ب) : « وهو قول الزوج » .

(٣) والصحيح انعقاد البيع في هذه الصورة . انظر الروضة (٧ / ٣٧) .

(٤) الخلع لغةً : القَلْع والإزالة ، قال تعالى : ﴿ ... فاخْلَعْ نَعْلَيْكَ ﴾ الآية [طه : ١٢] . ومنه « خلع القميص » : إذا أزاله عنه . وفي الشرع هو : « إزالةُ النكاحِ بما تُعطيه المرأةُ من المال لزوجها » أو هو « طلاقُ المرأةِ ببدلٍ منها » . وقيل له : خلع ؛ لأن كلا من الزوجين لباسٌ لصاحبه ، فإذا اختلعا ، فكأنهما نَزَعَا عنهما لباسَهما .

انظر : مختار الصحاح ص (١٨٥) . الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٦) . المصباح المنير (٣/ ٢٧٥) . القاموس المحيط ص (٩٢١) . أنيس الفقهاء ص (١٦٢) مادة (خ ل ع) .

(٥) في (أ) : « على مال » . وقال ابن الصلاح : « قوله : (والعتق على مال) صورتُه أن يقول : أعتقك على ألف مثلاً فتقول : قبلتُ ، وهو عينُ الكتابة » . مشكل الوسيط جـ٢ ق ٨٢ / أ) .

(٦) في (أ) : « وكذا » .

(٧) في (ب) بياض مكان كلمة « بَتٍّ » .

(٨) قوله « في الحال » ساقط من (ب) . (٩) سقط من (أ) .

(١٠) في (أ) : « وغيره » .

(١١) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في قوله فيما لو قال : (إن كان وُلِدَ لي بنت فقد زوجتكها) لأنه لا يصح بصيغة =

ثم بَانَ أنه كان قد وُلدتْ ، فلا يصحُ النكاحُ بصيغة التعليق . وكذلك لو قال[1] : « إن انقضتْ عدَّتُها فقد زوجتك »[2] وكان قد انقضت . وفيه وجه : أنه يصحّ ؛ مأخوذٌ من الوجهين فيما إذا قال : « إن كان أبي مات ، فقد بعتُ منك مالَه » .

الخامسة : نكاحُ الشِّغار باطلٌ ؛ للنهي الوارد فيه [3] ، وصورتُه الكاملة أن يقول : « زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك – أو أختك – على أن يكون بُضْعُ كل واحدة منهما صَداقَ الأخرى »[4] و « مهما انعقد لك نكاحُ ابنتي ، انعقد لي نكاحُ ابنتك » . وهذا يشتمل على ثلاثة أمور : تعليقٌ ، وشرطُ عقدٍ ، واشتراكٌ في البضع بجعِله صداقًا ، وقد قال القفال : إنما يبطل العقد بالتعليق ، وهو المراد بالشغار ، مأخوذًا[5] من قولهم : « [6] شغرَ الكلبُ برجله » [6] أي

= التعليق ، وإن لم توجدْ حقيقةُ التعليق . قلتُ : ليس صيغة التعليق فيه مجردة عن معنى التعليق بالكلية ؛ لأن ما فيه من معنى التعليق ما فيه من التردد حالةَ العقد ، وعدمِ الجزم . وكونُه بَانَ بعد ذلك وجودُ الشرطِ الذي علّق عليه عند إنشاء العقد : لا يَنْفي وجودَ التردّد الذي ذكرته حينئذٍ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق / ٨٢ أ) .

(١) في (ب) « إذا قال » .

(٢) في (ب) : « زوجتكها » . وقال ابن الصلاح : « قولُه : (وكذلك لو قال : إن انقضت عدتها فقد زوجتكها) العبارةُ غير مَرْضيّة ؛ لأن قوله : « إن انقضت عدتها » ظاهرُه إن انقضت بعد هذا في المستقبل ، وذلك نفس التعليق المفْسِد ، وإنما المراد بما ذكر أنْ « لو كان قد انقضتْ عدتها » فَبَانَ انقضاءُ عدّتِها » . المشكل (جـ٢ق ٨٢ /أ) .

(٣) وهذا النهي رواه البخاري بإسناده إلى ابن عمر (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ نهى عن الشِّغار » . والشغارُ : أن يُزوِّج الرجلُ ابنتَه على أن يزوجه الآخرُ ابنته ، وليس بينهما صَداق . رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٩ / ٦٦) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢٨) باب « الشغار » حديث (٥١١٢) . ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٣٤) (١٦) كتاب « النكاح » (٧) باب « تحريم نكاح الشغار وبطلانه » حديث (١٤١٥) . وأبو داود (٢ / ٥٦٠) حديث (٢٠٧٤) . والترمذي (٣/ ٤٣٢) حديث (١١٢٤) . والنسائي (٦ / ١١٠) . وابن ماجه (١ / ٦٠٦) حديث (١٨٨٣) جميعًا من طرق عن مالك عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا .

(٤) في (ب) « صداقا للأخرى » .

(٥) في (ب) : « لأنه مأخوذ » .

(٦) في الأصل : « شغر الكلب رجلها » ، وفي (أ) : « شغرت الكلبة برجلها » ، والمثبت من (ب) .

لا ترفعْ رِجْلَ ابنتي ما لم أرفع رِجْل ابنتك . وكان ذلك من عادة العرب ؛ لِأَنَفتها من التزويج ، فقال : لو اقتصر على شرط التزويج في العقد وعلى إصداق البضع : صَحَّ العقد ؛ لأن النكاح لا يَفْسد بالشرائط الفاسدة . وجماهيرُ الأصحاب عللوا بالاشتراك في البضع بجعْلِه صداقًا ، وقالوا : يُشبه ذلك ما لو نَكَحَتِ الحرةُ[1] عبدًا ، على أن تكون رقبتُه صداقًا [لها][2] ، فإن ذلك يبطله[3] . ومنهم من قال : لو قال : « زوجتك ابنتي على أنْ تزوجني ابنتك » واقتصر عليه : بطل أيضًا ؛ لما فيه من الخلوّ عن المهر .

وأُخذ « الشّغار » من قولهم : « شغر البلدُ » : إذا خلا من الوالي[4]. وما ذكره القفال أقيسُ ، وماذكره الجماهيرُ إلى الخبر أقربُ ، وأما الإبطال بمجرد اشتراط العقد والخلوّ عن المهر - فبعيدٌ.

السادسة : تأقيتُ النكاح باطلٌ ، وهو أن يقول : « زوجتُكَ شهرًا » [وذلك][5] هو نكاح

---

(١) في (أ) : « امرأة » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « يبطل » .

قال الحموي : « قوله : نكاحُ الشغار باطلٌ للنهي ... إلى أن قال : وجميع الأصحاب عللوا بالاشتراك في البضع ، وقالوا : يشبه ذلك ما لو نكحت امرأةٌ عبدًا على أن يكون رقبتُه صداقَها ، فإن ذلك يَبْطل) .

فإن قيل : ما ذكره من الشبه غير مُتّجه ، فإنه في مسألتنا أشرك بين بُضْعين ، وفي هذه المسألة لم يُشَرَّك بينهما ؛ فإن الرقبة واحدة مع أن في مسألتنا النكاح صحيح بخلاف الشغار .

قلت : ذكر صاحب « النهاية » أن صورة هذه المسألة مفروضة فيما إذا تزوجت الحرةُ عبدًا وشرطتْ أن تكون رقبة العبد صداقًا لها في النكاح ، فالنكاحُ يَفْسد بفسادِ الصداق ، فعلى هذا يكون قد أشرك بينهما ، وفسد النكاح في المسألتين ، فيكون بضعها ورقبته لها ؛ بخلاف ما لو لم يذكر ذلك في ابتداء العقد ؛ فإن النكاح صحيحٌ ، ويُرْجع فيه إلى مهر المثل ، وليس المراد به يُشَبّه بمسألتنا » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٥ / أ ، ١٣٥ / ب) .

(٤) قوله : « من الوالي » ساقط من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

« المتعة » ، سُمّي بها ؛ لأن مقصوده مجرد التمتع [1] .

(١) ثبت النهي عن هذا النكاح بعد إباحته ، وذلك فيما رواه البخاري (٩ / ٧١) (٦٧) كتاب « النكاح » (٣١) باب « نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة أخيرًا » حديث (٥١١٥) بإسناده إلى علي بن أبي طالب أنه قال لابن عباس : « إن النبي ﷺ نهى عن المتعة ، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر » . ورواه مسلم أيضًا (١٠٢٨/٢) (١٦) كتاب « النكاح » (٣) باب « نكاح المتعة ، وبيان أنه أُبيح ثم نُسخ ، ثم أُبيح ثم نُسخ ، واستقرّ تحريمُه إلى يوم القيامة » برقم (٣٢) من أحاديث الباب .

وقد روى مسلم حديثًا صَريحا في النسخ ، وهو ما رواه – بإسناده – إلى الرَّبيع بن سَبْرة الجُهَني أن أباه حدّثه أنه كان مع رسول الله ﷺ فقال : « يا أيها الناس ، إني قد كنتُ أذِنْتُ لكم في الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيءٌ فَلْيُخَلِّ سبيلَه ، ولا تأخذوا مما آتيتموهنَّ شيئًا » انظر صحيح مسلم (١٠٢٢/٢) في الكتاب والباب السابقين حديث الباب (٢١) .

الركن الثاني

المحلّ

وهي المنكوحة ، وشرطُها أن تكون خَلِيَّةً من الموانع ، وهي قريب من عشرين : ألا تكون منكوحة الغير [1] ، أو في عدة الغير ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو زنديقة لا تُنْسب / إلى ملَّة ، أو كتابية دانتْ بدينهم بعد التبديل [2] ، أو بعد المبعث ، وليست مع ذلك من بني إسرائيل [3] ، أو تكون رقيقة ، [4] والناكحُ حرٌّ واجدٌ [4] طَوْلَ حرةٍ [5] ، أو غيرُ خائفٍ من العَنت [6] ، أو مملوكة للناكح ، بعضُها أو كلُّها [7] ، أو كانت من المحارم : إما من نسب [8] أو رضاع أو مصاهرة ، أو تكون خامسة ، بأن يكون تحته أربع ، أو يكون تحت الزوج أُختُها ، أو عمتها ، أو خالتها ، فيكون بالنكاح [9] جامعًا بينهما ، أو يكون الناكح قد طلقها ثلاثًا ، ولم يطأها بعده زوج أخر ، أو يكون الناكح قد لَاعَنَ عنها [10] ، أو تكون مُحْرِمَةً بحج أو عمرة ، أو تكون ثيبًا صغيرةً أو يتيمة ، أو ١٦١/أ

---

(١) قال ابن الصلاح : وقوله : (ألا تكون منكوحة الغير) قلت : لا يحتاج إلى ذكر الغير ، بل مجردُ كونِها منكوحةً ؛ فإن منكوحته لا يصح العقد عليها ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٢ / أ) .

(٢) أثبت الناسخ في الأصل كلمة « البديل » ثم كتب فوقها كلمة « التبديل » وكلاهما محتمل .

(٣) قال ابن الصلاح :« قوله : (أو كتابيةً دانتْ بدينهم بعد التبديل ، أو بعد المبعث وليست مع ذلك من بني إسرائيل) شَرْطُه ألا تكون من بني إسرائيل ، شرطٌ لا يُعْرف ولا يَصحّ ، وإذا نظرتَ في الفصل المعقود في « الوسيط » في ذلك فيما بعدُ : حكمتَ عليه بما ذكرتُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٢ / أ) .

(٤) في (أ) : « والناكح حرًا واجدًا » .

(٥) في (أ) : « الحرة » .

(٦) أي : ليس يخشى على نفسه الوقوع في الزنا ، ولا يشقُّ عليه الصبرُ عن الجماع ». انظر : تفسير ابن كثير (١/٤٥٣) .

(٧) وهي الرقيقة كُلًّا أو بعضًا .

(٨) في (أ) : « بنسب » .

(٩) كلمة : « بالنكاح » ساقطة من (ب) .

(١٠) أي قذف زوجته بالزنا ولم تكن له بينةٌ ، فيحلف أربع مرات بالله : إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا . =

كانت من أزواج رسول الله ﷺ وذلك لا يُوجَد في هذا الزمان . فهذه مجامع الموانع ، وسيأتي شرحُها في القسم الثالث من الكتاب [١] .

* * *

= وفي الخامسة يقول : لعنةُ الله عليَّ إن كنتُ من الكاذبين فيما رميتُها به . وهي كذلك تحلف - إن أنكرت - أربع مرات بالله : إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وفي الخامسة تقول : غضبُ الله عليّ إن كان من الصادقين .

واللعانُ مأخوذ من الطرد والإبعاد ؛ لأن كلا من الزوجين يَبْعُد عن صاحبه ، ويحرم النكاح بينهما أبدًا - على خلافٍ فيما إذا كذَّب نفسه - وسمّي « لِعانًا » لأن الزوج يقول : لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين .

انظر : تصحيح التنبيه للإمام النووي ص (١٢٠) . المصباح المنير (٢ / ٨٥٤) . القاموس المحيط ص (١٥٨٩) مادة (ل ع ن) . أنيس الفقهاء ص (١٦٢ ، ١٦٣) .

(١) يعني من كتاب النكاح .

الركن الثالث

الشهود

وهو شرط ، ولكن تساهلنا بتسميته ركنًا . ولا ينعقد النكاح إلا بحضور عدلين [1] . ولا ينعقد بحضور رجل وامرأتين ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [2] . وقال داود[3] : « لا حاجة إلى الشهادة »[4]، وقال مالك : « يكفي الإعلان » [5] . وقد قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا

---

(١) العدالة في اللغة : الاستقامة ، وفي الشرع : هي مَلَكَةٌ تحمل صاحِبَها على مُلَازمة التقوى والمروءة . والمرادُ بالتقوى : اجتنابُ الأعمال السيئة ، من شركٍ أو فسقٍ أو بدعةٍ . والعدل : هو المسلم البالغ العاقل السَّالِمُ من الفسق بارتكاب كبيرة أو إصرار على صغيرة ، وتُشترط السلامة أيضًا من خوارم المروءة ، كالبول في الطريق ، وصُحْبَة الأرذال ، ونحو ذلك ومجمَلُها : الاحترازُ عما يُذَمّ به عرفًا .

ولا خلاف في اشتراط هذه الأمور في الشهادة والرواية عن النبي ﷺ ، وتختص الشهادة بشروط أخرى : كالحرية، والذكورة، والعدد، والبصر، وعدم القرابة، وعدم العداوة. انظر: المستصفى للإمام الغزالي ص(١٨٢، ١٨٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢/١٠٨ - ١١٠). التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح ص(١٣٦). نزهة النظر شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر للحافظ ابن حجر العسقلاني ص (٢٥) .

(٢) وذلك لأن ذكورة الشاهدين ليست شرطًا عندهم . انظر بدائع الصنائع (٢ / ٢٥٥) . الهداية شرح بداية المبتدي (١/٢٠٦) . الاختيار لتعليل المختار (٣/٨٣) . رد المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين (٣/ ٢٢ ٩) .

(٣) هو داود بن علي بن خلف أبو سليمان الأصبهاني الأصل ، وُلِدَ في الكوفة وسكن بغداد ، وانتهت إليه رئاسة العلم فيها . قال ابن خلكان : قيل : كان يحضر مجلسه كلَّ يوم أربعُمَائةِ عالم . أخذ العلمَ عن إسحاق بن راهويه وأبي ثور ، وكان من المحبين للشافعي ، وصنف كتابين في فضائله ، وكان زاهدًا ورعًا متبعًا للسنة ، وهو شيخُ المذهبِ الظاهريّ القائل بعدم حجية القياس . توفي (رحمه الله) سنة (٢٧٠) هـ . انظر ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات (١ / ١٨٢) . تاريخ بغداد (٨/٣٦٩) . فتاوى ابن الصلاح ص (٦٧ - ٦٩) . طبقات الشافعية لابن السبكي (١ / ٢٠٠) . البداية والنهاية لابن كثير (١١ / ٥١) .

(٤) عند الظاهرية يكفي الإعلانُ عن النكاح ، أو إشهادُ عدلين فصاعدًا . انظر : المحلّى لابن حزم (٩ / ٤٥٦) .

(٥) اتفق أئمة المذاهب الأربعة على اشتراط الشهادة في النكاح ، لكن عند المالكية : يصح العقدُ بلا إشهادٍ إذا أعلنوا =

بوليٍّ وشاهِدَيْ عدلٍ [1] » . فنقول : لابُدَّ من حضور مَنْ هو أهل للشهادة ، فلا يكفي حضورُ الصبيِّ ، والذِّمّيّ [2] ، والرقيق [3] ، والأَصَمِّ ، والفاسق [4] . وفي حضور الأعمى خلاف [5] ؛

= عنه ، ويلزم أن يُشْهِدوا عند البناء ، حتى إنْ دَخَلَا بلا إشهاد انفسخَ النكاحُ . وعن الإمام أحمد روايتان في الإشهاد ، والمشهورُ عنه اشتراطُها . انظر : الهداية (١/ ٢٠٦) . المدونة (٢/ ١٥٨) . الشرح الكبير للدردير (٢/ ٢١٦) . مغني المحتاج (٣ / ١٤٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى (٢ / ٨٤) .

وأما ذكورةُ الشاهدين ، فهو مذهبُ الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعي وابن حنبل ، وعند الحنفية : يجوز النكاحُ بشهادة رجلٍ وامرأتين . وعن أحمد روايةٌ في جواز انعقاده بشهادة نسوة ومعهنَّ رجل ، لكن المصحَّح من الروايتين ما يوافق قولَ مالكٍ والشافعيّ . انظر : بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥) . رد المحتار (٣/ ٢٢) . المسائل الفقهية لأبي يعلى (٢/ ٨٦) .

(١) رواه الشافعي بإسناده عن ابن عباس موقوفًا في الأم (٥ / ٢٢) ورواه ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٦/ ١٥٢) . والدارقطني في سننه (٣/ ٢٢٢) في « نصب الراية تخريج أحاديث الهداية » للحافظ الزيلعي نقلاً عن الدارقطني : رجالُه ثقات إلا أنه محفوظ من قول ابن عباس ، ولم يرفعه إلا عبد الله بن الفضل . وقال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبرٌ . انظر : المغني لابن قدامة (٦/ ٤٥١) . نصب الراية (٣/ ١٨٨) . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١١١) موقوفًا على علي بن أبي طالب بلفظ « لا نكاح إلا بولي ، ولا نكاح إلا بشهود » ورواه أيضًا عن ابن عباس موقوفًا بلفظ : « لا نكاح إلا بوليّ مرشد وشاهِدَيْ عدلٍ » .

(٢) الذمة في اللغة : الأمان والعهد . وأهلُ الذمةِ هم المعاهدَون من اليهود والنصارى وغيرهم ممن يُقيم في دار الإسلام . وعَقْدُ الذّمّةِ : إقرارُ بعض الكفار على كُفْرهم ، بشرط بذْل الجزيةِ والتزامِ أحكام المِلَّة . انظر : أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام د . عبد الكريم زيدان ص (٢٠) . معجم لغة الفقهاء ص (٢١٤) .

(٣) الرقّ : المِلك ، والرقيقُ : المملوك ، ويطلق على الواحد والجمع ، ويطلق على الذكر والأنثى ، وجمعه : أرِقّاء ، مثل : شحيح وأشحاء . انظر : مختار الصحاح (٢٥٣) . لسان العرب (٣/ ١٧٠٧) . المصباح المنير (١/ ٣٦١) مادة (ر ق ق) أنيس الفقهاء ص (١٥٢) .

(٤) الفسق : أصلهُ خروجُ الشيء من الشيء على وجه الفساد ، وفي الشرع : هو التركُ لأمرِ الله . والفاسقُ هو : مرتكبُ الكبيرة أو المصرّ على الصغائر بغير تأويل . انظر : روضة الطالبين للنووي (٧/ ٦٥) . المصباح المنير (٢/ ٧٢٥) . فتح المغيث بشرح ألفية الحديث للحافظ العراقي ص (١٤٠) . توضيح الأفكار (٢/ ١١٧) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٤٦) .

(٥) اشترط في الوجيز (٢ / ٤) أن يكون بصيرًا . وانظر الروضة (٧ / ٤٥) .

لأنه أَهْلٌ لبعض الشهادات .

ولو حضر ابنُ الزوجين أو أبو الزوجين ، ففيه [أربعة] (١) أوجه :

أحدها : الانعقاد ؛ لأنه أهل على الجملة .

والثاني : لا ؛ لأنه ليس أهلاً في هذا النكاح .

والثالث : أنه إنْ حضر ابنُ الزوج وابنُ الزوجة لم يُكْتَفَ (٢) ؛ لأنه لا يُتصور الإثبات ، وإن حضر ابنان لأحدهما : جاز ؛ لأنه يمكن الإثبات على والدهما .

والرابع : أنهما (٣) إن كانا ابنيها (٤) : صحّ ، وإن كانا ابْنَي الزوجِ لم يصحّ ؛ لأن الحاجة إلى الإثبات عليها عند الجحود ، لا على الزوج ، فيقبل عليها قولُ ابْنَيْها (٥) .

وتجري هذه الأَوْجُهُ في عَدُوَّي (٦) الزوجين .

ولو حضر مَنْ حالهُ في الفسق مستورٌ على الزوجين جميعًا : صح العقد على الأصح ، وذكر المحاملي (٧) فيه خلافًا ، ويَعْضُدُه : أن مستور الحرية لا يكفي حضورُه (٨) على الأظهر ،

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « لم يَكفِ » .

(٣) قوله : (أنها) ساقط في (أ)

(٤) في (ب) : « ابنيهما » . وهو خطأ واضح . وفي (أ) : « ابنا الزوجة » .

(٥) في الأصل : « ابنها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « عدول) . وهو خطأ فحش . والأصحُّ : انعقادُ النكاح بابني الزوجين – سواء كانا ابْنَيْ كلٍّ منهما ، أو ابن أحدهما وابن الآخر – وكذلك انعقادُه بعدُوَّي الزوجين – سواء كانا عَدُوَّيْ كلٍّ منهما ، أو عدوّ أحدهما ، وعدُوّ الآخر ؛ لأنهما من أهل الشهادة .انظر روضة الطالبين (٧ / ٤٦) . مغني المحتاج (٣ / ١٤٤) .

(٧) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٨) في (أ) : « ظهوره » وهو خطأ .

لكن الحرية مكشوفة في الغالب، والفسقُ خفيٌّ، وفي المنع من المستور [1] حرجٌ وتضييق.

فإن صَحَّحْنا، فَبَانَ ببينةٍ عادلةٍ فسقُهما [2] حالةَ العقد؟ ففي تبيُّنِ [3] بطلان العقد قولان كالقولين في نقض القضاء المبنيّ على قولهما [4].

ولا التفاتَ إلى قولهما: كنا فاسقين. ولو قال الزوج: كنتُ أعرف فسقَه حالة العقد، وأنكرت المرأة؟ قال الصيدلاني [5]: يُنَزَّل منزلةَ الطلاق حتى يتشطَّر المهر قبل الدخول، وبعده يجب جميعُ المهر، وتعود إليه بطلقتين [6] إن نكحها. ونصّ الشافعي (رضي الله عنه) على أن الحرَّ إذا نكح أمةً، ثم قال: «كنتُ واجدًا طولَ الحرة» بانتْ منه بطلقة [7].

أما تشطيرُ المهر فمعقولٌ؛ لأنه فِراقٌ حصَل بجهته، لا بزعم المرأة. وأما جعلُه طلاقًا – ولم يَجْرِ عقدٌ – فليس يتبيَّنُ لي وجهُه إلا أن يُجْعل طلاقًا في حقّ المرأة المنْكِرَة خاصة، أو يجعل في حقّ الزوج طلاقًا في الظاهر؛ لجريان الشهادة على ظاهر النكاح، لا بينه وبين الله تعالى [8].

---

(١) المستور: من يكون عدلًا في الظاهر، ولا تُعْرف عدالته باطنًا. انظر: التقييد والإيضاح ص(١٤٥) الروضة(٤٦/٧). توضيح الأفكار(٢/١٩٣). معجم لغة الفقهاء ص(٤٢٧).

(٢) في الأصل «ففسقها».

(٣) في (أ)، (ب): «تبيين».

(٤) والمذهب حينئذ بطلانُ النكاح، كما لو بَانَ كافرًا. انظر الروضة (٤٧/٧).

(٥) سبقت ترجمته في القسم الدراسي.

(٦) في (أ): «بتطليقتين».

(٧) انظر الأم (١٠/٥).

(٨) قال الحموي: «قوله: (ولو قال الزوج: كنتُ أعرف فِسْقَ الشهود حالة العقد، وأنكرت المرأة. قال الصيدلاني: يُنزل منزلة طلاق حتى ينشطر المهر قبل المسيس، وتعود إليه بطلقتين إن نكحها ثانيًا. ونص الشافعي على أن الحر إذا نكح أمة، ثم قال: كنتُ واجدًا لطول حرة، بانتْ منه بطلقة، أما تشطير الصداق، فإنه طلاق حصل من جهته بزعم المرأة. وأما جعله طلاقًا فليس يتبين لي وجهه إلا أن يجعله طلاقًا في حق المرأة المنكرة خاصة، أو يجعل طلاقًا في حق الزوج في الظاهر، لجريان الشهادة على ظاهر النكاح لا بينه وبين الله تعالى).

قلت: ما ذكره الشيخ في قوله: (لم يتبين لي وجهه) من حيث إنه لم يَجْرِ عقدٌ فظاهرُ الإشكال فيه على المذهب. وأما قوله: (إلا أن يجعل طلاقًا في حقه ... إلى آخره)، فيتجه فيه إشكالٌ على الشيخ؛ من حيث إنه =

فرع : تردد الشيخ أبو محمد [1] في أن المعلن بالفسق إذا تاب في مجلسِ العقد ، هل يلتحق بالمستور ؟ وكان عادتُه استتابةَ الحاضرين ، ووجهُه أنه يمكن أن يكون صادقًا في توبته .

ولا خلاف في أنه لا يُشترط الإشهادُ على رضاءِ المرأة .

* * *

= جعله طلاقًا وهي منكرةٌ فسقَ الشهود ، ومدعية بقاءَ النكاح . فعلى هذا كيف يُجْعل طلاقًا في حقها ؟ وكيف يصح أن يكون ذلك طلاقًا منها ، وإنه ليس كذلك فإنه يختص بالزوج ؟! .

قلت : ما ذكره الشيخُ صحيحٌ ؛ فإن المرأة وإن كانت مُدَّعيةً بقاءَ النكاح ، فإنه لا ينفي أن يكون سببُ وقوع الطلاق منها ؛ فإنها لما ادَّعت ذلك مع إنكار الزوج صار ذلك طلاقًا في حقها ؛ مؤاخذة لها . فعلى هذا صَح ما ذكره الشيخ ، وإذا كان كذلك كان طلاقًا في حقه ؛ لما ذكرناه من جريان الشهادة على ظاهر النكاح ، لا ما بينه وبين الله تعالى على ما ذكره » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٥ / ب ، ١٣٦ / أ) .

(١) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

الركن الرابع

العاقدان [1]

وهو الزوج والوليّ ؛ لأن المرأة مَسْلوبة العبارة عند الشافعي (رضي الله عنه) في عقد النكاح [2] ، فلا تصحّ عبارتُها بالنيابة ، ولا بالوكالة [3] ، ولا بالاستقلال ، [لا] [4] في التزويج ، ولا في القَبول . ويصحُّ إقرارُها بالنكاح على الجديد [5] ؛ لأن شرط الولي إنما ورد في الإنشاء ، قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بوليّ [6] » . إلا أنها لو [7] أقرتْ ، وكذَّبها الوليُّ ؟ قال القفال : لا تُقبل ؛ لأنها أقرتْ على الولي بالتزويج . ومنهم من قال : تُقبل ؛ لأنها مُقِرةٌ على نفسها بالرقّ [8] .

ثم إن اعتبرنا تصديق الولي فكان غائبًا – سلّمناها في الحال إلى الزوج بإقرارها ؛ للضرورة ؛

---

(١) في الأصل : « العاقد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) أي : لا يصح قبولها النكاحَ لنفسها أو لغيرها . انظر : الروضة (٥٠/٧) .

(٣) في (أ) : « ولا بالولاية » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) انظر روضة الطالبين (٥١/٧) . شرح جلال الدين المحليّ على المنهاج (٢٢٢/٣) .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو دواد (٥٦٨/٢) (٦) كتاب « النكاح » (٢٠) باب في « الولي » حديث (٢٠٨٥) . ورواه الترمذي (٤٠٧/٣) حديث (١١٠١) وابن ماجه (٦٠٥/١) حديث (١٨٨١) . ورواه احمد في مسنده (٣٩٤/٤) وابن حبان (١٥٤/٦) والدارقطني في سننه (٢١٨/٣) والحاكم في المستدرك (١٦٩/٣) جميعًا من طرق عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعريّ مرفوعًا . وقال الحاكم بعد أن رواه بأسانيد كثيرة : « هذه الأسانيد كلُّها صحيحة ، وقد علونا فيها عن إسرائيل ، وقد وصله الأئمة المتقدمون الذين ينزلون في رواياتهم عن إسرائيل مثل عبد الرحمن بن مهدي ووكيع ويحيى بن آدم ويحيى بن زكريا بن أبي زائدة وغيرهم ، وقد حكموا لهذا الحديث بالصحة » ا . هـ وقد صححه أيضًا علي بن المديني كما رواه الحاكم عنه في المستدرك(٣/ ١٧٠).

(٧) في (أ) : « إذا » .

(٨) والأصح أنه يقبل إقرارها . انظر الروضة (٥١/٧) .

إذْ يعسُر ملازمةُ الولي [حضرًا وسفرًا] [١] ، لكن لو رجع و كذَّب [٢] ، فالظاهرُ أنه يُحال بينهما ؛ لزوال الضرورة .

وصيغة الإقرار أن تقول : « زوَّجَني الوليُّ منه » . فلو أقرت بالزوجية ولم تُضِفْ إلى الوليّ ؟ ففيه خلاف مَبْنيّ على أن دعوى النكاح مطلقا من غير التقييد [٣] بالشرط ، هل تُسمع ؟ .

فأمَّا إقرار الوليّ المجبِر ، فنافذٌ إن أقرَّ في حالة القدرة على الإجبار [و] [٤] أما أبو حنيفة (رحمه اللّه) فقد قضى بأنها تزوِّج نفسَها [٥] ..

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « وكذبها » .

(٣) في (أ) : « تقييد » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : ذهب الشافعية إلى اشتراط الوليّ في النكاح ؛ فلا يجوز للمرأة أن تتولى العقدَ على نفسها ، ولا على غيرها . وهذا هو مذهبُ المالكية والحنابلة أيضًا ، وبه يقول محمد بن الحسن من الحنفية إلا أن عنده إذا عقدت لنفسها من كفء ، كان العقد موقوفًا على إجازة الولي . انظر : الأم (٥ / ١٣) . معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٠/ ٢٧) . المدونة (٢ / ١٥١ ، ١٥٢) . المنتقى شرح موطأ مالك للباجي (٣/ ٢٦٧) . دليل الطالب لنيل المطالب على مذهب أحمد للشيخ مرعي بن يوسف ص (٢٠٣) . موطأ مالك برواية الشيباني ص (١٨٢) .

ومذهب الإمام أبي حنيفة (رحمه الله) : أن للمرأة العاقلة البالغة مباشرةَ العقد على نفسها ، بكرًا كانت أو ثيبًا ، ولكنْ يُستحب لها أن تَكِلَ عقدَ زواجِها لوليها ؛ صوْنًا لها عن التبذُّل . وليس لوليها حقُّ الاعتراض عليها ، إلا إذا زوَّجت نفسها من غير كفء . وهذا مذهب أبي يوسف أيضًا (رحمه الله) . وقد قيَّد الحنفيةُ اعتراضَ الولي - إذا زوجتْ نفسَها من غير كفء - بإذا لم تَلِدْ منه ، فإذا ولدت منه سقط حقُّ الاعتراضِ عليها ؛ صيانةً للولد . انظر : المبسوط (٥ / ١٠ ، ١٠٧) . بدائع الصنائع (٢ / ٣١٨) . الهداية شرح بداية المبتدي (١ / ٢١٣) . الاختيار لتعليل المختار (٣ / ٩٠) . البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٣/ ١١٧) . فتح القدير (٣/ ٢٥٥) . رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٣ / ٥٥) .

عَرْضُ أدلةِ القولين ومناقشتها :

أدلة الشافعية ومن وافقهم : استدل الجمهور على مذهبهم بأدلة كثيرة ، منها :

=

....

= (أ) قوله تعالى : ﴿ وأنكحوا الأَيَامَى منكم والصالحين من عبادكم .. ﴾ الآية [النور : ٣٢] ووجهُ الدلالة من الآية ، أن الله تعالى جعل إلى الرجال إنكاحَ الأيامى – والأيِّمُ هو مَنْ لا زوج له ، ذكرًا كان أو أنثى – ولو كان النكاح إلى النساء لذكرهنَّ . انظر أحكام القرآن للقرطبي (٣ / ٧٣) .

(ب) قوله تعالى : ﴿ ولا تُنْكِحُوا المشركين حتى يُؤْمنوا ... ﴾ الآية [سورة البقرة : ٢٢٣] فقد نهى اللّه تعالى المؤمنين أن يُزَوِّجوا مُوَلَّياتهم للمشركين – فجعل التزويج إليهم .

(جـ) قوله تعالى : ﴿ وإذا طلقتم النساءَ فبلغنَ أجلَهُنَّ فلا تَعْضُلوهن أن ينكحن أزواجهن .. ﴾ الآية (البقرة : ٢٣٢) . وهذه الآية أَبْيَنُ آية – في كتاب الله (عز وجل) – دلالةً على أن ليس للمرأة الحرة أن تُنْكِح نفسها كما يقول الإمامُ الشافعي (رحمه الله) . انظر أحكام القرآن له (١ / ١٧٤) ، وانظر المنتقى للباجي (٣ / ٢٦٨) فقد أحسن في الاستدلال وإن كان مسبوقا بكلام الشافعي .

(د) واستدلوا من السنة بقوله ﷺ : « لا نكاحَ إلا بوليّ » وهو حديث صحيح رواه أبو داود (٢ / ٥٦٨) وغيرهُ ، والنَّفْيُ في الحديث يتجه إلى الصحة ، والمرادُ : لا نكاحَ صحيح أو شرعي إلا بوليّ . انظر نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني (٧ / ٢١١) .

(هـ) وقوله ﷺ : « أَيُّمَا امرأةٍ نكَحتْ بغير إذن وليّها ، فنكاحُها باطلٌ .. » . وهو حديث صحيح كما في المحلى لابن حزم (٩ / ٤٦٥) والجامع لأحكام القرآن (٣ / ٧٣) وبلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر ص (٢٤٤) .

(و) وقوله ﷺ : « لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ ، ولا تزوّج المرأةُ نفسَها » . رواه ابن ماجه (١ / ٦٠٥) ورجاله ثقات كما في بلوغ المرام ص (٢٤٥) . وانظر مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للحافظ البوصيري (١ / ٣٣٢) .

أدلة الحنفية : وقد استدلوا ببعض الأدلة ، منها :

(أ) قوله تعالى : ﴿ فإنْ طلَّقها فلا تَحِلُّ له حتى تَنْكح زوجًا غيره ﴾ [البقرة : ٢٣٠] فَنَسَبَ الفعلَ إليها .

(ب) قوله تعالى ﴿ فلا تعضلوهن أنْ يَنكحن أزواجَهن .. ﴾ [البقرة : ٢٣٢] فنسَبَ النكاحَ إليها أيضًا ، والأصلُ في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي . وتُعُقِّب بأنَّ سبب نزول الآية يُبْطِلُ هذا الاستدلالَ ويؤيد ما ذهب إليه الجمهورُ . انظر : المنتقى للباجي (٣ / ٢٦٨) . الجامع لأحكام القرآن (٣ / ١٥٩) فتح الباري (٩ / ٨٨ – ٩٤) .

(جـ) قوله تعالى : ﴿ فلا جُنَاح عليكم فيما فَعَلْنَ في أَنْفُسِهن بالمعروف ﴾ الآية [البقرة : ٢٣٤] فأضاف الفعلَ إليها أيضًا ، وهو التزويج . وتُعُقِّب بأن الله قال : ﴿ بالمعروف ﴾ أي : بما أذن فيه الشرعُ من اختيار أعيان الأزواج وتقديرِ =

لكن الولي يفسخ العقد [1] إن وضعت نفسها تحت غير [2] كفُؤ [3] » . وقال مالكٌ : تُزَوِّج الدنيةُ نفسَها دون الشريفة [4] .

= الصداق دون مباشرة العقد ؛ لأنه حقٌّ للأولياء. انظر الجامع لأحكام القرآن (٣ / ١٨٧) .

(د) حديث خنساء بنت خزام ، إذْ زوَّجها أبوها – وهي كارهةٌ – فردّ النبي ﷺ نكاحَها ، وقال : « انكحي مَنْ شِئْتِ » . والحديثُ أصلهُ في البخاري (٩ / ١٠١) دون هذه الزيادة وقد رواها أبو سلمة مرسلًا ، والمرسلُ ليس بحجة ، ولو صحَّ فالمرادُ تخييرُ الأَكْفَاء . انظر : إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لسبط ابن الجوزي تحقيق ناصر العلي ص (١١٥) . نصب الراية لأحاديث الهداية للحافظ الزيلعي (٣ / ١٨٣) .

(هـ) واستدلوا كذلك بما رواه مالك في موطئه (٢ / ٥٥٥) من أن عائشة (رضي الله عنها) زوَّجَتْ حَفْصةَ بنت أخيها – وكان غائبا – من المنذر بن الزبير . وتُعُقِّبَ بأن قول الراوي : « زَوَّجَتْ » أي : مَهَّدَتْ أسباب التزويج ، وأُضيف التزويجُ إليها ؛ لاختيارِها ذلك وإذنِها فيه ، ثم أشارت على من وَلِيَ أمر حفصة – عند غيبة أبيها – حتى عقد النكاح . ويدل لصحة هذا التأويل ما رواه عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه – وهو راوي الحديث الأول أيضًا – قال : « كانت عائشة تُخْطب إليها المرأةُ من أهلها ، فتشهد ، فإذا بقيت عقدة النكاح ، قالت لبعض أهلها : زوِّجْ ؛ فإن المرأة لا تلي عقدةَ النكاح » . ويدل على صحته أيضًا ما قاله ابنُ المنذر من أنه لا يَعْرف عن الصحابة خلافًا في ذلك ، يعني في ألَّا نكاح إلا بولي . انظر : معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٠ / ٣٣) . الجامع لأحكام القرآن (٣ / ٧٥) . نيل الأوطار (٧ / ٢١٢) .

(و) واستدلوا أيضًا بالقياس على استقلالها بعقد البيع وغيره من العقود ، فكما يحقُّ لها أن تتصرف في مالها ؛ فلها كذلك أن تتصرف في نفسها ما دامت رشيدةً بالغةً . وتُعُقِّب بأنه قياسٌ في مقابلة النصّ ، وهو فاسد الاعتبار . انظر : نيل الأوطار (٧ / ٢١٧) .

وبعد النظر في أدلة الفريقين ، يتضح أنّ قول الشافعية – ومن وافقهم – هو الأولى بالقبول والرجحان ، والله أعلم .

(١) في (أ) : « النكاح » .

(٢) قوله : « غير » ساقط من (ب) .

(٣) في (أ) : « الكفؤ » وفي (ب) : « كفء » . وكلاهما صحيح . انظر مختار الصحاح ص (٥٧٢) .

(٤) إطلاق هذا القول على الإمام مالك فيه نظر ، فقد أنكره المالكية أنفسُهم ، ففي شرح زروق على الرسالة لأبي زيد القيرواني (٢ / ٢٧) ما نَصُّه « نقل بعضُ الأئمةِ الشافعية عن مالك مِثْلَ قول أبي حنيفة في الدنية – يعني في النكاح بلا ولي – قال ابن عبد السلام : « وهو غلطٌ لا شكَّ فيه » . و قال ابن عبد البر في « الكافي في فقه أهل المدينة » ص (٢٣٤) : « ولا تلي امرأةٌ عقدَ نكاحٍ لنفسها ، ولا لغيرها ، شريفةً كانت أو دنيّة ، أذِن لها في ذلك وليُّها =

وعندنا أن الوطء في النكاح بغير وليّ يُوجب المهر ؛ للشبهة ، ولا يوجب الحدَّ . وقال الصَّيرفيّ [١] : يجب الحدُّ . وقال بعضُ الأصحاب : يُنْقَض قضاءُ الحنفيِّ بصحة نكاحٍ [٢] بلا وليٍّ ؛ لمخالفتِه الحديثَ الظاهرَ [٣] .

وتفاصيلُ أحكام الولاية يستوفيه / بابان : ١٦١/ب

- باب في « الولي » .

- باب في « المَوْليِّ عليه » .

* * *

= أو لم يأذن ، فإن عقدتْ نكاحًا فُسِخَ أبدًا قبل الدخول وبعده » ا . هـ .

أما الذي قاله الإمام مالك (رحمه الله) فهو في المرأة الرقيقة الحال ، الضعيفة التي ليس لها ولي خاص مجبر - كالأب في ابنته البكر - فهذه إنْ خِيفَ عليها الضياعُ ، جاز أن يُزَوّجها رجلٌ من المسلمين - كالحاكم وغيره - بالولاية العامة - وهي الإسلام - فالمؤمنون بعضُهم أولياءُ بعض ، وبهذا أفتى مالك (رحمه الله) في رجال من الموالي يأخذون صبيانَ الأعراب الذين تصيبهم السَّنَةُ ، فيكفلونهم ، ويربونهم حتى يكبروا ، فتكون فيهم الجارية ، فيريد مَنْ كفَلَها أن يزوجها ، قال مالك : ذلك جائز ، ومن أَنْظَرُ لها منه ؟! » فهذه الجارية ليس لها وليّ ، ولو كُلِّفت رَفْعَ أمرها إلى الحاكم ، فلربما تعذَّر عليها ذلك ، وأضرَّ بها ، فتهلك ضياعًا .

انظر : المنتقى شرح موطأ مالك (٣ / ٢٦٨ - ٢٧٠) . المقدمات الممهِّدات لابن رشد الجد (٢ / ٤٧) . بداية المجتهد (٢ / ١٥) . شرح التنوخي على متن الرسالة لأبي زيد القيرواني (٢ / ٣١) . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٢ / ٢٢٦) .

(١) سبقت ترجمته في القسم الدراسي . وأما قوله : (يجب الحدّ على مَنْ وطىء في نكاح بلا وليٍّ) فقد ضعَّفه الغزالي في الوجيز (٢ / ٥) ، وكذلك في الروضة (٧ / ٥١) .

(٢) في (أ) : النكاح .

(٣) نصَّ الإمام الغزالي في الوجيز على أنه لا يُنقض قضاءُ الحنفي بصحة هذا النكاح . انظر الوجيز (٢ / ٥) . وقد رجح في الروضة أيضًا ما رجحه الغزالي . انظر الروضة (٧ / ٥١) .

الباب الأول
في الأولياء
(وفيه فصول)
الفصل الأول
في أسباب الولاية

وهي أربعة :

- الأُبوّة ، والجدودةُ في معناها .
- والعصوبة [١] بالنسب .
- والولاء .
- والسَّلطنة [٢] .أما الأب ، والجدّ - أبُ الأبِ - فلهما منصبُ الإجبار في حالة البكارة ولو بعد البلوغ ، وفي البنين في الصِّغر دون الكبر . وقال أبو حنيفة (رضي الله عنه) : البكرُ البالغة لا تُجبر على النكاح ، والثيبُ الصغيرة يجوز إجبارُها عنده [٣] .

---

(١) قال الحموي : « قوله : (الفصل الأول : في أسباب الولاية ، وهي : الأبوة ، وفي معناها الجدودة والعصوبة ... إلى آخره) .

قلت : جعل الشيخُ الأبوةَ والجدودةَ قسمًا آخر ، وخصص العصوبة بما سواهما ، ولا شك بأ نّ تزويجها إنما كان بجهة العصوبة كما لا يخفى .

قلت : إنما جَعل الشيخُ الأبوةَ والجدودة قسمًا آخر ، وخصص العصوبة بما سواهما ؛ لأنها ليس فيها زيادةَن وصْفٍ ، فخصَّصَها بذكر العصوبة ، وهي ولايةُ الإجبار في حق البكر ، وإنما كان كذلك لكمالِ شفقتها ، ولهذا خصّص إفرادهما بالذكر ، وأما سائر العصبات فإنهم ليس لهم إلا مجرد تعصيبٍ على ما أشرنا إليه . وبه خَرَجَ الجوابُ » .مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٦ / أ ، ١٣٦ / ب) .

(٢) في (ب) « السلطة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الأب له إجبار ابنته البكر البالغ على النكاح ، وهو مذهب المالكية أيضًا ، واستثنى الإمام مالك - في أظهر الروايتين عنه - المعنّسة ، وهي التى طال مُكثُها في بيت أبيها حتى بلغت أربعين سنة ، وكذلك التي تزوّجت وخلا بها الزوجُ وطُلّقت من غير دخولٍ بها ، فقال : لا يملك الأبُ إجبارها . ومذهب الحنابلة كمذهب الشافعية ، لكنْ في رواية عن أحمد أنها إذْ بَلَغَتْ تسع سنين لم تُزَوَّج إلا بإذنها في حق كل وليّ - الأب وغيره - .

وهذا القول عند الأئمة الثلاثة مقيّدٌ بما إذا كان النكاح حظًّا لها ، وبمهر مثلها ، ولا يجوز إذا كان نقصًا لها ، أو =

....

= إضرارًا بها، ومقيد كذلك بألا يكون بينها وبين أبيها عداوةٌ ظاهرة. انظر: الأم (١٧/٥). منهاج الطالبين ص (٩). كفاية الأخيار (٣٣/٢). المدونة (١٤٠/٢). شرح زروق على الرسالة (٢٨/٢). الكافي لابن عبد البر ص (٢٣١). العدة شرح العمدة على مذهب الإمام أحمد ص (٣٦٤، ٣٦٥). مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله ص (٣١٢). المغني لابن قدامة (٣٨٧/٦). الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٢/٢).

ومذهب الحنفية: أنه لا يجوز إجبارُ البالغ البكر على النكاح. انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤١، ٢٤٢). فتح القدير (٣/ ٢٦٠). حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥، ٥٨، ٦٦).

أدلة الشافعية ومن وافقهم:

(أ) استدلوا بقوله ﷺ: «الأيمُ أحقُّ بنفسها مِنْ وليِّها، والبكرُ تُسْتَأذن في نفسها». وهو حديث صحيح رواه مسلم (٢/ ١٠٣٧) برقم (١٤٢١). ووجهُ الاستدلال به عندهم أنه فرّق بين البكر والثيب، فجعل الأيِّمَ أحقَّ بنفسها من وليها، فَأَفْهَمَ ذلك أن البكر ليست أحقَّ بنفسها من وليها، أي أن الولي أحقُّ بنفسها منها، وإلا لم يكن لتخصيصِ الأَيِّم بذلك معنى.

(ب) استدلوا أيضًا بأنّ النبي ﷺ فَرَّقَ بينهما في صفة الإذن، فجعل إذنَ الثَّيِّب النطقَ، وإذنَ البكرِ الصمتَ. قالوا: وهذا يدل على عدم اعتبار رضاها !!.

أدلة الحنفية ومن وافقهم: استدلوا على قولهم بأدلة كثيرة، منها:

(أ) قالوا: استدلالُ الشافعية وغيرِهم بحديث «الأيمُ أحقُّ بنفسِها ...» استدلالٌ بطريق المفهوم، وهو ليس حجة مُتَّفَقًا عليها، ثم إن ثبت كونُه حجةً، فهو معارَضٌ بالمنطوق الصريح، فيسقط الاستدلال به، وذلك المنطوق هو قوله ﷺ: «لا تُنْكح الأيمُ حتى تُسْتأمر، ولا تُنْكح البكر حتى تُسْتأذن» وهو حديث صحيح رواه البخاري (٩/ ١٩١) ومسلم (٢/ ١٠٣٦) وفيه التصريح بأن البكر لا تنكح حتى يُطلب إذنُها.

(ب) قوله ﷺ فيما رواه مسلم (٢/ ١٠٣٧) بإسناده عن عائشة قالت: سألتُ رسولَ الله ﷺ عن الجارية يُنْكِحُها أهلُها، أَتُسْتأمر أَمْ لا؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «نَعَمْ تُسْتأمر». وهذا صريح أيضًا في استئذانها.

(جـ) روى أبو داود في سننه (٢/ ٥٧٦) بإسناده عن ابن عباس أن جارية بكرًا أَتَتِ النبيَّ ﷺ، فذكرتْ له أن أباها زوَّجها وهي كارهةٌ، فخيَّرها النبيُّ ﷺ. وهذا الحديث وإن كان أعلّه بعضهم بالإرسال، فهي علة غير مؤثرة؛ فإنه رُوِيَ مسندًا ومرسلًا، والذي أسنده ثقة ثبت، وزيادةُ الثقة مقبولةٌ، ولم ينفرد بالوصل جرير بن حازم، وهو أحد رجال الإسناد - بل تابعه أيضا زيد بن حيان. انظر: تهذيب سنن أبي داود لابن قيم الجوزية (٤٠/٣). وقال البوصيرى في مصباح الزجاجة (٣٠٣/١): إسناده صحيح.

(د) قالوا: وهذا الحكم من رسول الله ﷺ موافقٌ لقواعد شرعه؛ فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة، لا يتصرف =

ونظرَ الشافعيُّ (رضي الله عنه) إلى الثيابة [١] والبكارةِ ؛ لقوله (عليه السلام) : « الثيبُ أحقُّ بنفسها مِنْ وليها ، والبكرُ تُسْتأمر في نفسها ، وإذنُها صماتُها » [٢] .

ومعنى إجبارها : أن الأب لو زوَّجَها من كفؤ [٣] ، وهي ساخطةٌ - نفذ ، ولو التمست التزويجَ من الوليّ وجبت الإجابةُ وإن كانت مجبرة ؛ كالصَبيِّ الذي يلتمس الطعام .

ولو عَيَّنتْ كفؤًا ، وعينَّ الوليُّ كفؤًا ؟ فمنهم من قال : يجب رعايةُ حقِّها [٤] في الأعيان ،

= أبوها في أقلِّ شيءٍ من مالها إلا برضاها فكيف يجوز أنْ يُرِقَّها ، ويُخْرِجِ بُضْعَها منها بغير رضاها إلى مَنْ يريده هو ، وهي مِنْ أكْرَهِ الناس فيه ، وهو مِنْ أبغضِ شيءٍ إليها ، ومعلومٌ أن إخراج مالها كله - بغير رضاها - أهونُ عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها .

(هـ) قالوا : وهذا الحكم موافقٌ - كذلك - لمصالح الأمة ، فلا تخفى مصلحةُ البنتِ في تزويجها بمن تختاره وترضاه ، وحصولُ مقاصد النكاح لها به ، وحصولُ ضدٌ ذلك بمن تبغضُه وتَنْفِر منهُ . فلو لم تأتِ السنةُ الصريحةُ بهذا القول ، لكان القياسُ الصحيح وقواعدُ الشريعة لا تقتضي غيرَه .

(و) قالوا : والشارع لم يجعل البكارة سببًا للحجر في موضع من المواضع المتفق عليها ، فتعليلُ الحجر بذلك تعليلٌ بوصفٍ لا تأثير له في الشرع . انظر : إيثار الإنصاف ص(١١٠-١١٣) . مجموع فتاوى ابن تيمية(٣٢/٢٢- ٢٨) . زاد المعاد لابن قيم الجوزية(٥/٩٥-٩٩) . فتح الباري لابن حجر(٩/٩٨) . سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني(٣/٩٩٦) .

وبعد النظر في أدلة الفريقين واستدلالاتهم ، يتبين أن قول الحنفية - ومن وافقهم - هو الراجحُ والجديرُ بالقبول .

(١) في (أ) : « الثيوبة » .

(٢) رواه مالك في الموطأ (٢ / ٥٢٤) ومسلم في صحيحه (٢ / ١٠٣٧) (١٦) كتاب « النكاح » (٩) باب « استئذان الثيب في النكاح بالنطق ، والبكر بالسكوت » حديث (١٤٢١) ورواه برقم (٦٧) حديث الباب بلفظ المصنف . ورواه أبو داود في سننه(٢/٥٧٧) حديث (٢٠٩٨) والترمذي (٣/٤١٦) حديث (١١٠٨) وابن ماجه (١ / ٦٠١) حديث (١٨٧٠) جميعًا من طرق عن مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع عن ابن عباس مرفوعًا . ورواه البخاري (٩ / ٩٨) حديث (٥١٣٦) بلفظ « لا تُنْكح الأيِّم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ... » ورواه مسلم (٢ / ١٠٣٦) حديث (١٤١٩) والنسائي (٦ / ٨٥) وابن ماجه (١ / ٦٠١) جميعًا من طرق عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعًا .

(٣) في (ب) : « كفء » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « حظها » .

وإنما حظُّ الوليّ في الكفاءة فقط . ومنهم من قال : تعيينُ الوليّ أولى [١] .

ومهما ثَابَتْ [٢] – ولو بالزنا – لم تُجْبر . ولو انفتق جلدُ العذرة بوثْبةٍ أو طَفْرةٍ [٣] ، فالأظهرُ أنها بكرٌ ؛ لأن واطِئَها مبتكر .

ولم يَرَ أبو حنيفة للزنا أثرًا [٤] في إزالة حكم البكارة [٥] .

---

(١) وهو الأصح عند الشافعية كما في الروضة (٧ / ٥٥) .

(٢) أي : صارت ثيبًا .

(٣) قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ١ / ١٨٧) : « قوله في أول النكاح من الوسيط : (وإن زالت البكارة بوثبة أو طفرة) الطفرة بفتح الطاء المهملة وإسكان الفاء . قال صاحب « العين » وصاحبُ « المجمل » يقال : طفر ، إذا وثب في ارتفاع . وقال الجوهري والزبيدي في « مختصر العين » : طفر ، معناه : وثب . فعلى هذا ، هما بمعنًى . وعلى الأول ، يكون الوثوب عامًا في الارتفاع والتقدم ، والطفر مختص بالارتفاع ، ويمكن حمل الثاني على موافقة الأول » .

(٤) في الأصل « أثر » وهو خطأ ظاهر .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنّ مَنْ ثَابَتْ بالزنا لم تُجبر على النكاح ، ولا يُكتفى في إذنها بالصمت . وهو قولُ أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، وهو مذهبُ الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٥ / ١٨) . الروضة (٧ / ٥١) . منهاج الطالبين ص (٩٦) . الهداية (١ / ٢١٤) العدة في شرح العمدة ص (٣٦٦) . الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١١٣) . بداية المجتهد (٢ / ٧) .

ومذهب أبي حنيفة : أن من ثابت بالزنا يُكتفى بسكوتها إذا عرض لها الوليُّ الزواجَ من شخص ما ، بشرط ألا يتكرر منها ذلك وأن لا تُحَدَّ فيه . فإنْ تكرر منها ، أو حُدَّتْ : فلا يُكتفى بسكوتها . وهذا مذهبُ المالكيةِ أيضًا ، لكن عندهم خلافٌ فيمن حُدَّتْ ، أو تكرَّرَ منها الزنا . انظر : المبسوط (٥ / ٧) . العناية على الهداية (٣ / ٢٧١) . الدر المختار (٣ / ٦٣) . تبيين الحقائق (٢ / ١٢٠) . المدونة (٢ / ١٤٠) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٣١) . القوانين الفقهية لابن جُزَيّ ص (٢٠٣) .

وسببُ الخلاف في هذه المسألة أنه هل يتعلق الحكم بقوله ﷺ : « الثَّيِّبُ أحقُّ بنفسها مِنْ وليها » . بالثيوبة الشرعية كالنكاح أو شبهة النكاح أو الملك – أو بالثيوبة اللغوية ؟ وتظهر ثمرةُ الخلاف في البالغ التي ثابت بالزنا أو الغصْب ، فعلى مذهب الشافعية والحنابلة : لا يجوز إجْبَارُها على النكاح ؛ لأنها ثيِّبٌ . وعند المالكية : يجوز إجبارُها ، ويكتفى بصمتها عند المشورة . أما الحنفية فعندهم لا يجوز أصلاً إجبارُ البالغة – بكرًا أو ثيبًا – وإنما تظهر فائدةُ هذه المسألةِ عندهم – وعند المالكية – في أنه يكتفى بصماتها إذا اسْتُثِيرت ، ولا يلزم نُطْقُها .

واتفق الأئمةُ الأربعةُ على أنها لو زالتْ بَكَارتُها بوثْبة ، أو حيضةٍ ، أو جراحة ، فإنها تُزَوَّج كما تُزَوَّج الأبكارُ . =

فأما العصباتُ من جهة النسب - كالإخوة ، والأعمام ، وأولادهم - فليس [(١)] لهم الإجبارُ بحالٍ ، وإنما لهم تزويجُ البكر والثيبِ - بعد البلوغ - برضاهما . وهل لهم الاكتفاءُ بصمْتِ البكر ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لِظاهر الحديث [(٢)] .

والثاني : لا ؛ لأن السكوت مردِّد [(٣)] ، ومعنى الحديث حَثُّ المجبِر على مراجعتها من غير تكليفِ نطقٍ .

وأما الوليُّ [(٤)] المعْتِقُ فولايته كولاية العصبات [(٥)] . وأما السلطان فَوَليٌّ في أربعة مواضع : عند عدم الولي ، وغيبتهِ ، وعَضْلهِ [(٦)] ، وإذا أراد الولي أنِ يُزَوِّج من نفسه . وليس للسلطان ولاية الإجبار خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) .

وليس للوصيِّ ولايةُ التزويج وإن فوَّض إليه الموصِي ؛ إذ ليس له قرابةٌ تدعوه إلى الشفقة والنَّظَر ، ولا حظَّ له في الكفاءة .

* * *

= واتفقوا كذلك على أنه لو زالت بكارتُها بنكاحٍ فاسدٍ أو وطءٍ شبهةٍ ، فإنها تُزوج كما تزوج الثيب . انظر : طريقة الخلاف في الفقه (٧١ - ٧٣) . إيثار الإنصاف ص (١٤٨) . البحر الرائق (٣ / ١٢٤ وما بعدها) .

(١) في (أ) : « وليس » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٥٥) .

(٣) في (أ) : « متردد » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « المولى » .

(٥) في (أ) : « العصوبة » .

(٦) أي : مَنَعَ وَلِيَّتَه من التزويج من كفء . انظر المصباح المنير (٢ / ٦٣٥) . مادة (ع ض ل) .

الفصل الثاني

في ترتيب الأولياء [من القرابة والولاء والسلطنة] [1]

وجهة [2] القرابة مُقدّمةٌ على الولاء ، والولاءُ مقدمٌ على السلطنة . والازدحامُ يُفرض في النسب والولاء .

أما النسب : فالأب ، ثم الجد - ولهما ولايةُ الإجبار - ثم ترتيبُ باقي العصبات كترتيبهم في الميراث ، إلا في ثلاث مسائل :

إحداها : أن الابن عصبةٌ في الميراث ، ولا يُزَوِّج بحكم البُنُوَّة ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [3] . نعم ، إن كان قاضيًا ، أو عصبةً ، [4] أو ابنَ عمٍّ [4] ، أو مُعْتِقًا - زوَّج بهذه الأسباب ، فالبنوةُ لا تمنع ولا تفيد [5] .

الثانية : الجد في الميراث يُقاسم الإخوة ، وهاهنا يُقدم الجد ؛ لأنه على عمود النسب ،

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في (ب) : « فجهة » .

(٣) **مذهب الشافعية :** أنه لا يجوز للابن أن يُزَوِّج أُمَّه بالبنوة ، فإذا كان عصبةً لها - كأنْ يكونَ ابنَ ابنِ عمٍّ لها - جاز له ذلك بالعصوبة . انظر : الأم (٥ / ١٤) . مختصر المزني ص (١٦٥) . مغني المحتاج (٣ / ١٥١) . حاشية القليوبي (/ ٢٢٤) .

مذهب الحنفية : أن للابن تزويج أُمِّه بالبنوة ، وهو مذهبُ المالكية والحنابلة . لكن عند الحنفية لا يكون لهذه المسألة مَحَلٌّ إلا في المجنونة والمعتوهة فقط ، إذ البالغةُ عندهم يجوز أن تعقد لنفسها - بكرًا كانت أو ثيبًا - . انظر : الهداية (١ / ٢١٨) . الاختيار (٣ / ٩٦) . الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة ص (١٤) . الكافي ص (٢٣٢) . القوانين الفقهية ص (٢٠٤) . المقنع ص (٢٠٨) . دليل الطالب لنيل المطالب على مذهب الإمام أحمد ص (٢٠٣) .

(٤) في (أ) : « بكونه ابن عم » . وهذا متصوَّر في وطء الشبهة ، فقد يَطأ رجلٌ ابنةَ أخيه - ظنًّا منه أنها امرأته - ثم تَلِدُ منه ، فيكون المولودُ ابنًا لها ، وابنَ عمها في آنٍ واحد . ويُتصور ذلك أيضًا في نكاح المجوس الذين لا يُحَرِّمُون ابنةَ الأخِ ، فتلِد منه ، ثم يُسْلِمَانِ . ومع هذا التقدير فلعلّ الصواب : « بكونه ابنَ عمٍّ » وانظر مغني المحتاج (٣ / ١٥١) .

(٥) أي أن البنوة لا تمنع التزويج مطلقًا ، ولا تفيده مطلقًا .

وشفقتُه [1] أكملُ .

الثالثة : أن الأخ من الأب والأم ، مُقدم على الأخ من الأب في الميراث ، وكذلك في الصلاة على الجنازة . وفي الولاية قولان ؛ لأن جهة الأمومة لا مَدْخل لها في الولاية ، فيجوز أن لا تُوجِب ترجيحًا . واختار المزنيُّ التقديم في التزويج أيضًا [2] .

ويجري القولان في العمّ من الأب والأم ، والعم من الأب وابنيهما ، ولا يجري في ابْنَيْ عمٍّ ، أحدُهما : أخٌ لأُمّ ؛ لأن أُخُوة الأم هاهنا ، لا تفيد عُصوبة في الميراث . وكذلك إذا كان لها ابنا ابنِ عمٍّ ، أحدُهما ابنُها ، أو ابنا معتقٍ ، أحدُهما منها ، فلا ترجيحَ . ونصّ ابن الحداد [3] على أن ابنها من المعتِق ، مُقدمٌ على سائر البنين . وهو بعيد .

أما ترتيب الولاء ، فالمعتِقُ أولى ، فإن لم يكن فعصباتُه ، فإن لم يكونوا فمعتق المعتق ، ثم عصباته . وترتيبُ عصبات المعتق كترتيب عصبات النسب ، إلا في مسائل :

إحداها : إذا اجتمع جدُّ المعتق وأخوه من الأب ، ففيه قولان :

أحدهما : أن الأخ أولى ؛ لأنه يُدْلي [4] ببنوة الأب ، وهي أقوى من الأُبوة في العصوبة .

والثاني : يتساويان ؛ لأن أحدهما أبُ الأبِ ، والآخر ابنُ الأب ، وليس الجد هاهنا أصل الزوجة [5] حتى يُقدم .

الثانية : ابنُ المعتق مقدمٌ على أبيه ؛ لأنه العصبة دون الأب [هنا] [6] ؛ لقوة البنوة [7] .

الثالثة : الجد وابن الأخ ، إن قلنا : إن الجد مع الإخوة يتساويان [8] ، فهاهنا الجدُّ يُقَدَّم . وإن

---

(١) في (أ) : « فشفقته » .

(٢) قال المزني في مختصر ص (١٦٥) : « وقياسُ قوله – يعني الشافعي – أنه أولى بإنكاح الأخت من الأخ للأب » .

(٣) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٤) في (أ) : « أدلى » .

(٥) في (أ) : « المزوجة » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) سقطت المسألة الثانية من (أ) .

(٨) في (أ) : « متساويان » .

قلنا : يُقدم الأخ على الجد ، فهاهنا يتساويان [١] . وقيل : الجدُّ مقدم [٢] ؛ لقُرْبه . وقيل : ابن الأخ ؛ لِقوة البنوة .

الرابعة : أخ المعتق من الأب والأمّ ، وأخوه من الأب . قيل : لا ترجيح ؛ إذ الولاءُ يجري بمحْض العصوبة ، وقيل بطرد القولين .

فرعان :

أحدهما : المرأة إذا أَعْتَقَتْ فلها الولاءُ ، ولكن يُزَوِّج العتيقةَ مَنْ يُزوج السيدة برضا العتيقة ، ولا يحتاج إلى رضا المعتِقة ؛ لأنها لا تلي العقدَ على نفسها ولا على غيرها ، وليس لها الإجبار . وفيه وجه : أنه [٣] لابُدّ من رضاها . فإن عَضَلت يُزَوِّجُها وليُّها برضا السلطان ، ويكون السلطان نائبًا عنها في الرضا الواجب عليها .

وإن كان للمعْتِقة أبٌ وابنٌ ، فيُزوِّجها [٤] - في حياتها - الأبُ . فإن ماتت [٥] ، يُزوِّج الابنُ ؛ لأنه العصبة الآن . وقيل باستصحاب ولاية الأب ، وهو بعيدٌ [وقيل : يُزَوجها ابنُها في حال حياتها ، كما يزوجها بعد مماتها ، وهو بعيد] [٦] .

الثاني : جاريةٌ أُعتق نصفُها ، يزوجها المالكُ وعصبتها إن قلنا : إن مثل هذه الجارية [٧] تُوَرث . وإن قلنا : لا تورث ، فيزوجها المالكُ / والقاضي . وقد قيل [٨] : يزوجها المعتق والمالك . وقيل : لا تُزَوَّج ؛ لعُسْر الأمر . وهو بعيدٌ ، والأحوطُ التزويجُ باتفاق الجميع [٩] .

١٦٢/أ

* * *

---

(١) قوله : « فهاهنا يتساويان » ساقط من (أ) . (٢) في (ب) : « يقدم » .

(٣) في الأصل : « لأنه » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « فزوجها » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) قولُه : « فإن ماتتْ » يعني : المعتِقة ، وعندئذ فيُزَوِّج العتيقةَ ابنُ التي أَعْتَقَت .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) . (٧) كلمة « الجارية » ساقطة من (أ) .

(٨) في (أ) : « وقيل » . (٩) في (أ) : « باتفاق المسلمين » .

الفصل الثالث
في سوالب الولاية

وهي سبعة :

الأول : الرّقُّ . فلا ولايةَ للرقيق (1) على نفسه ، فكيف على غيره ؟! نعم ، تصحُّ عبارته في شِقَّيْ عقدِ النكاح بالوكالة ، وإن لم يأذن [له] (2) سيدُه ؛ إذ لا ضررَ على سيّده فيه . ومنهم من منع عبارته في شقّ التزويج ، وزعم أن نائب الولي ينبغي أن يكون (3) بصفة الولاة بخلاف نائب الزوج .

الثاني : كلُّ ما يَقْدح في النَّظر . كالصِّبَى والجنون ، والإغماء ، والعَتَهِ (4) ، والسَّفَه الموجِب للحَجْر ، والمرضِ المؤْلم الملْهي عن النظر لشدّته ، فجميعُ ذلك يَسْلُب الولايةَ ، وينقلها إلى الأبعد ، إلا في الإغماء والجنون المتقطع ، ففيهما ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنها (5) تنتقل إلى السلطان ؛ لأن زوالهما مُنْتَظَرٌ كالغَيْبة .

والثاني : أنها تنتقل (6) إلى الأبعد ؛ لأن الغيبة لا تُخِلُّ بالنظر ، [والجنونُ والإغماء يُخِلّان بالنظر] (7) .

والثالث : (8 أن الإغماء ينتقل إلى القاضي ، والجنون إلى الأبعد 8) .

---

(1) في (أ) : « لرقيقٍ » . (2) زيادة من (أ) .

(3) قوله : « أن يكون » » ساقط من (ب) .

(4) العَتَهُ : عبارةٌ عن آفةٍ ناشِئةٍ عن الذات ، تُوجب خَلَلًا في العقل ؛ فيصير صاحبُه مختلطَ العقل ؛ فَيُشْبه بعضُ كلامِه كلامَ العقلاء ، وبعضُه كلامَ المجانين ، بخلاف السَّفهِ ، فإنه لا يشابه المجنون ، لكن تعتريه خِفَّةٌ ، إما فرحًا أو غضبًا . انظر مختار الصحاح ص (٤١٢) . لسان العرب (٤/ ٢٨٠٤) . المصباح المنير (١/ ٥٩٩) . التعريفات ص (١٤٧) . القاموس المحيط (٢ / ١٦١) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٠٤) .

(5) كلمة « أنها » ساقطة من (أ) . (6) في (ب) : « تُنْقَل » .

(7) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(8) وقد رجح هذا الوجه الثالث في الوجيز (٢ / ٦) . وفى نسخة (ب) : « وأن بالإغماء تُنْقل إلى القاضي ، وبالجنون إلى الأبعد » .

ثم المغمى عليه ، يُنْتظر مقدارَ مدة سفر العَدْوَى [١] ، أو سفر القصْر كما في [مدة] [٢] الغائب وعندي أن [تقدير] [٣] الانتظار هاهنا بثلاثة أيام أولى .

الثالث : العمى . وفيه وجهان :

أحدهما : أنه [٤] لا يلي الأعمى ؛ لاختلالِ نظره .

والثاني : يلي ؛ لأن مقاصد النكاح لا ترتبط بالبصر [٥] .

الرابع : الفسْقُ . وظاهرُ نصوص الشافعي (رضي الله عنه) قديما وجديدًا : أنه يلي ، وقال : « لا يلي السَّفيه » [٦] . قال القفال : أراد به الذي لا ينظر لنفسه . ويَدلُّ على ولاية الفاسق الناظرِ لدنياه تَرْكُ الأولين النكيرَ [٧] على سلاطين [٨] الظلمة والفسَّاق في التزويج ؛ ولأنه ناظرٌ لنفسه ، فكذلك لولده ، فإنه من أهمِّ أموره الخاصة [به] [٩] ؛ ولأن عَوْدَ الفسق بعد البلوغ لا يُعيد الحَجْرَ [١٠] وِفَاقًا ، وإن كان عودُ السَّفَهِ يُعيده على وجه ، مع أن اتصال الفسق بالبلوغ يمنع

---

(١) مسافة العدوى : هي التي يمكن قَطْعُها في اليوم الواحد ذهابًا وإيابًا ، ومعناه أن يتمكن المبَكِّر إليها من الرجوع إلى منزله قبل الليل . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ١٢) .

(٢) زيادة من (ب) ، وفي (أ) : « حق الغائب » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) سقط من (أ) .

(٥) وهو الأصح كما في الروضة (٧/ ٦٤) . والمنهاج مع المغني (٣/ ١٥٥) ، والغاية القصوى للبيضاوي (٢/ ٧٢٩) .

(٦) انظر مختصر المزني ص (١٦٥) .

(٧) في الأصل : « التنكير » .

(٨) في (أ) : « السلاطين » .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) الحجْر لغةً: المنع ، وشرعًا : هو مَنعُ نفاذِ تَصَرُّفٍ قَوْليّ لا فِعْليّ . وذلك لِصغرٍ ، أو رِقّ ، أو جنون ، أو سَفهٍ . وهو نوعان :

الأول : حجرٌ لمصلحة المحجور عليه ، كالصبيّ والمجنون .

الثاني : حجرٌ لمصلحة الغير ، كالحجر على المفلس ؛ حِفْظًا لحقّ الدائنين . انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لنجم الدين النسفي المفسِّر ص (٣٢٨) . مختار الصحاح ص (١٢٣) . القاموس المحيط ص (٤٧٥) . كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للحِصْني (١ / ١٦٤) .

ارتفاع الحجْر ؛ لأنه ثبت بيقين ، فلا يرتفع بالشك في الرشد ، واتصالُ الفسق يوجب الشك ، فإذا ارتفع بيقين ، لم يَعُدْ أيضًا بالشك بسبب الفسق [١] . والمشهورُ تخريجُ ولاية الفاسق على قولين . وقيل : شاربُ الخمر لا يلي خاصة ، وقيل : [ولاية] [٢] الإجبار تسقط بالفسق دون غيره ، وقيل عكسُه . فهذه خمسة طرق [٣] .

---

(١) قال الحموي : « قوله : (الرابع : الفسق ، وظار نصوص الشافعي قديمًا وحديثًا أنه يلي ، وقال : لا يلي السفيه . قال القفال : أراد به الذي لا ينظر لنفسه . ويدل على ولاية الفاسق الناظر لدنياه تركُ الأولين النكيرَ على السلاطين الظلمة والفساق في التزويج ؛ ولأنه ناظِرٌ لنفسه وكذلك لولدِه ؛ فإنه في الأمور الخاصة ، ولأن عَوْدَ الفسق بعد البلوغ لا يُعيد الحجر وفاقًا ، وإن كان عودُ السَّفَه يُعيده على وجه ؛ مع أن اتصال الفسق بالبلوغ يمنع ارتفاعَ الحجر ؛ لأنه ثبت بيقينٍ ، فلا يرتفع بالشكّ في الرشد ، وإتصال الفسق يوجب الشكَّ ؛ فإذا ارتفع بيقينٍ لم يعد أيضًا بالشكّ بسبب الفسق » .

قلت : ذكر الشيخ أنّ عَوْدَ الفسق بعد البلوغ لا يعيد الحجر وفاقًا ، ومعلومٌ أنّ فيه خلافًا مشهورًا . وقد ذكره الشيخ في باب « الحجر » وذكر الشيخ في السفيه هنا أنه يعيده على وجه ، وهذا لا خلافَ فيه عندنا إلا على وجهٍ ذكره صاحب « الحاوي » .

قلت : أمكن أن يريد الشيخ بالوفاق يعني بين الشافعي وأبي حنيفة « البيع » و « النكاح » ، وإن كان عندنا فيه خلاف ذكره العراقيون ، وقد صَرَّح صاحب « المهذب » به ، وإن كان في البيع وغيره عاد الحجر وفاقًا عندنا على المشهور . وبه خرج الجواب .

فإن قيل : كيف يقول : (ظاهرُ نصوص الشافعي قديمًا وحديثًا) ، وقد نقل العراقيون عن الشافعي (رضي اللّه عنه) أن الفاسق لا يلي ؟ وذلك يخالف ما ذكره الشيخ .

قلت : أمكن أن يحمل كلام العراقيين على السفيه المبذِّر ، فيكون ذلك جَمْعًا بينهما » مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٦ / ب - ١٣٧ / ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) رجح الغزالي هنا ، وفي الوجيز (٢ / ٦) أن الفسق لا يسلب الولاية ، ورجح الرافعي أن الفسق يسلب الولاية ، قال النووي : « واسْتُفْتِيَ الغزاليُّ فيه (يعني في ولاية الفاسق) فقال : « إن كان بحيث لو سلبناه الولايةَ لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يُفَسِّقُه - وُلِّيَ ، وإلا فلا » قال النووي : وهذا الذي قاله حسنٌ ، وينبغي أن يكون العملُ به » . روضة الطالبين (٧ / ٦٤) .

ولا خلاف في أن المستور يَلي ؛ لِتركِ الأولين النكيرَ (١) . وتوكيلُ الفاسق في العقد كتوكيل (٢) العبد ، وفيه خلاف على قولنا : لا يلي الفاسق .

فأما (٣) السكران المختلّ العقل ، فلا يصحُّ تزويجه قولًا واحدًا ، ولا وجه لبناء ذلك على أنه يُسلك به مَسْلكَ الصّاحي أم لا ؟ فإن هذا يتعلّق بالنظر للغير .

الخامس : اختلافُ الدينِ يسلب النظر . فيسلب الولاية الخاصة ، حتى لا يُزَوِّج المسلمُ ابنتَه الكافرة . (٤ وأما الكافرُ فيُزَوِّج ابنتَه الكافرةَ من مسلم ٤) ؛ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « ووليُّ الكافرة كافر ؛ لأنه (٥) ينظر لولده ، بخلاف الفاسق المسلم على رأي » (٦) . وقال الحليمي (٧) : « لا يزوج الكافرُ إذا قلنا : لا يزوج الفاسق » . وهذا خلافُ النصّ (٨) .

ولا يقبل المسلمُ نكاحَ الكافرة من قاضي الكفار ؛ لأنه لا وَقْعَ لقضائهم . وفي كلام صاحب « التقريب » (٩) إشارةٌ إلى خلافه (١٠) .

السادس : غَيْبة الولي . وهي لا تسلب الولاية عندنا ؛ لأن النظر قائم ، ولكن (١١) ينوب السلطان عنه ؛ لتعذُّرِ الأمر لغَيْبته (١٢) ، ولذلك لا ينعزل الوكيل بطُرْآن الغيبة على الموكِّل ،

---

(١) في الأصل « التنكير » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « كتوكُّل » .

(٣) في (أ) : « وأما » .

(٤) في (أ) : « والكافر يُزَوِّج ابنته الكافرة من المسلم » .

(٥) في الأصل : « لا ينظر » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) انظر مختصر المزني ص (١٦٥) .

(٧) في الأصل : « الحكيمي » والمثبت من (أ) ، (ب) وهو الصواب . وقد سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٨) أي : خلاف نصِّ الشافعي (رحمه الله) .

(٩) هو أبو الحسن القاسم بن القفال الشاشي الكبير ، وقد سبقت ترجمته في القسم الخاص بالدراسة .

(١٠) يعني : أنه يجوز للمسلم قبولُ نكاحِ الكافرة من قاضي الكفار . والمذهبُ المنعُ . انظر روضة الطالبين (٦٦/٧) .

(١١) قوله : « ولكن » ساقط من (أ) .

(١٢) في (أ) : « بغَيْبته » .

وينعزل بِطُرْآن الجنون .

ثم السلطان يُزَوّج إن كان السفر فوق مسافة القصر ، ولا يزوج إن [1] كان دون مسافة العَدْوَى ، وهو الذي يَرْجع عنه [2] المبَكِّرُ إليه قبل الليل . وفيما بينهما وجهان يجريان في قبول شهادة الفرع عند غيبة الأصل ، وفي الاستعداء عند القاضي .

ثم إذا طلبت من السلطان التزويجَ ؟ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لا يُزوجها ما لم يَشهد عدلانِ أنه ليس لها وليٌّ حاضرٌ ، وليست في زوجية ولا عِدة » [3] . فمنهم من قال : ذلك واجبٌ ؛ احتياطًا للنكاح خاصة . ومنهم من قال : هو استحباب ؛ لأن اعتماد العقود على قول أربابها ، وَكذلك يُحَلِّفها القاضي على أنّ وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك .

ومثلُ هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى ، استحبابٌ أو إيجابٌ ؟ فيه خلافٌ .

السابع : الإحرام . والمحرِمُ مسلوبُ العبارة في عقد النكاح بالوكالة والنيابة والاستقلال ، في شِقَّي [4] القبول والإيجاب . وهل يُمْنَع الرجعة ؟ فيه وجهان [5] . وهل ينعقد النكاحُ بشهادة المحرم ؟ فيه خلاف [6] ؛ للتردد في الرواية ؛ إذ وَرَد في بعضها « لا ينكح المحرم ولا يَشهد » [7] .

---

(١) في (أ) : « إذا » . (٢) في (أ) : « منه » .

(٣) انظر روضة الطالبين (٧/٦٩) . وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٩/١٢٣) : « وقد نص الشافعي على أنه ليس للحاكمِ أن يُزَوِّج امرأةً حتى يَشْهد عدلان أنها ليس لها وليٌّ خاص ، ولا أنها في عصمة رجلٍ ، ولا في عدته . لكن اختلفَ أصحابه : هل هذا على سبيل الاشتراط أو الاحتياط ؟ والثاني : المصَحَّحُ عندهم » .

(٤) في الأصل ونسخة (أ) : « شق » .

(٥) وفي الروضة (٧ / ٦٧) : أنه تصح الرجعة في الإحرام على الأصح .

(٦) والصحيح : الانعقادُ بشهادة المحرم . انظر الروضة (٧ / ٦٧) .

(٧) هذه الزيادةُ « ولا يشهد » ليست ثابتة ، كما قاله النووي في شرح المهذب (٧ / ٢٩٨) نقلا عن الأصحاب .

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/١٨٦) : والظاهر أن الذي زادها من الفقهاء أَخَذها استنباطًا مِنْ فعْلِ أبان بن عثمان لما امتنع عن حضور العقد ، فلْيَتَأَمَّل . ا . هـ .

وهل تنقطع هذه التحريماتُ بالتحلُّلِ الأول [(١)] ؟ فيه وجهان ، والأظهر أنه لا تنقطع ؛ لبقاء اسم الإحرام .

ثم اختلفوا في أن الولاية تنتقل إلى السلطان ، أو إلى الأبعد [(٢)] ؟ ومأخذُه : أنه كالغيبة ، أو هو مُنافٍ للولايةِ ؟ فإن قلنا : إنه مُنافٍ ، فلو أحرم الموكِّل ، انعزل وكيلُه . وإن قلنا : لا ، فلا ينعزل . ولكن قال الصيدلاني : يصبر الوكيل إلى تحلُّلِ الموكِّل ؛ إذ يبعد أن /يتعاطى عنه [فعلا] [(٣)] في ١٦٢/ب وقتٍ [(٤)] يَعجِزُ عنه هو في نفسه [(٤)] .

* * *

---

(١) التحلل من الإحرام المراد به : الخروج من الإحرام ، وحِلُّ ما كان محظورًا على المحْرِم ، وهو قسمان :

الأول : التحلل الأول – وهو أيضًا التحلل الأصغر – ويكون عند الشافعية بفعل أمرين من ثلاثة : وهي رَمْي جمرة العقبة ، والنحر ، والحلق أو التقصير . ويباح بهذا التحللِ لبسُ الثياب ، وكلُّ شيء ما عدا النساء إجماعًا .

الثاني : التحلل الأكبر ، وهو الذي يُباح به جميع محظورات الحج دون استثناء . انظر الموسوعة الفقهية (١٠/ ٢٤٨ ، ٢٤٩) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت .

(٢) وفي الروضة (٧/ ٦٧) : أن الولاية لا تنتقل للأبعد بسبب الإحرام ، وإنما هو مجرد الامتناع دون زوال الولاية ، وعليه فيزوِّجها السلطانُ كما إذا غاب وليُّها . وانظر : المنهاج مع المغني (٣ / ١٥٦) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « في وقت هو يعجز في نفسه عنه » .

الفصل الرابع
في تَوَلِّي طرفَيِ العقد

اعلم أن الأَبَ يتولَّى طَرَفَيِ البيع في مال ولده ، وكذا الجدُّ ؛ لقوةِ الولاية ؛ ولكثرة الحاجة في البيع ، وعُسْر مراجعة السلطان . وهل يتولى الجدُّ طَرَفَيِ النكاح في [(١)] حَفَدته ؟ فيه وجهان [(٢)] مبنيان على أن العلة في البيع ، قوةُ الولايةِ وحدَها ، أم مع كثرة الحاجة إلى البيع ، فإن النكاح نادر [(٣)] ؟ .

فإن قلنا : يتولّى ، فهل يكفيه النطقُ بأحدِ الشِّقَّين ؟ فيه – وفي البيع – ثلاثةُ أوجه :

أحدها : يكفي ؛ لأن رضاه [(٤)] بأحد الطرفين رضًا [(٥)] بالآخر ؛ فلا معنى لجوابِه نفسَه .

والثاني : لا ؛ لأن معنى التحصيل غَيْرُ معنى الإزالة ، فلا بُدَّ من لفظين [(٦)] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « على » .

(٢) قال الرافعي في « المحرر » : رجح المعتبرون الجوازَ . كذا في الروضة (٧ / ٧٠) .

(٣) قال الحموي : « قوله في تولي طرفي العقد : (اعلم أن الأب يتولى طَرَفَيْ مالِ ولده ؛ وكذا الجد بقوة الولاية وَحْدها أو كثرة الحاجة في البيع وعُسْرِ مراجعة السلطان . وهل يتولى الجدُّ طرفَيِ النكاحِ على حفدته ؟ فيه وجهان ينبنيان على أن العلة في البيع ، قوةُ الولاية وحدَها أو كثرة الحاجة إلى البيع ، فإن النكاح نادر ؟) .

قلت : ما ذكره الشيخ من تولِّي طرفي العقد في البيع فهو مشترك بين الأبوة والجدودة ، وأنه لا حاجة إليه . وأما ذكر الأب في باب النكاح حتى يتولى طرفي عقد النكاح ، فلا يُتصور وقوعُه فيه ؛ فإنه لا خلو : إما أن يزوج بنته بابنه أو بابن ابنه ، وكلاهما ممتنعٌ كما لا يخفى . فعلى هذا لا حاجة له إلى ذكره ، فإنّ المقصودَ في هذا الموضع أنْ يذكر تَوَلِّيَ طرفي عقدِ النكاح .

قلت : إنما ذَكَرَ الأبَ ليتبين بأنه يتولَّى طرفيَ العقد في مال ولده ، وذكر الجد بعده حتى ينبني على العلتين تولِّي طَرَفَيَ عقدِ النكاح ، فإنه يتصور فيه على ما ذكره من الخلاف ، وينبني على أن العلة في البيع قوةُ الولاية أو كثرة الحاجة إلى البيع . فإذا قلنا بالأول صَحَّ ؛ لأنه في معنى الأب . وإن عللنا بالثاني لم يصح ؛ لأنه نادرٌ ، بخلاف البيع فإنه متكرر . فعلى هذا كان في ذكر الأبِ فائدةٌ ، فإنه جَعَلَه توطِئة لمسألة الجدِّ دون غيره » مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٧ / ب ، ١٣٨ / أ) .

(٤) في (ب) : « رضاءه » . (٥) في (ب) : « رضاءً » .

(٦) يعني : شقَّيِ الإيجاب والقبول ، وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٧٠) .

والثالث : أنه لا يكفي في النكاح ؛ للتعبُّدِ في صيغته بخلاف البيع .

وإن قلنا [1] : لا يتولى ، فيفوِّض إلى السلطان [2] أحدَ الطرفين . وقيل : إنه يُوَكِّل ؛ لأن الجهة قوية ، وإنما يحتاج إلى الغير لِنَظْم التخاطُبِ وللتعبُّد .

فأما الجهة التي لا تُفيد الإجبارَ ، فلا تُفيد تَوَلِّيَ الطرفين للعقد [3] ؛ فلا يُزوج ابنُ العم من نفسه ، [4] بل يزوِّجه [4] مَن في درجته أو السلطان ، ولا يكفيه التوكيلُ ؛ فإن وكيله بمثابته ، وكذا المعتق والقاضي . والحاكمُ المنصوب عن جهة القاضي يُزّوج منه ؛ لأن حكمه نافذ عليه ، وكأنه من جهة السلطان لا كالوكيل . ومنهم من استثنى الإمامَ الأعظمَ ، وقال : له تَوَلِّي الطرفين ؛ لقوة الإمامة .

والصحيح : أن الوكيل من الجانبين في النكاح لا يَتولى طَرَفَيِ العقد ، وكذا في البيع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجوز للولي والوكيل تَوَلِّي طَرَفَيِ النكاح دون البيع [5].

* * *

---

(١) في (أ) : « فإنْ قلنا » .

(٢) في (أ) : « فيفوض للسلطان » والمقصود أن الجد - حينئذٍ - يفوض للسلطان أحد طرفي العقد ، الإيجابَ أو القبولَ .

(٣) قوله : « للعقد » ساقط من (أ) .   (٤) في (أ) : « بل يزوج منه » ، وفي (ب) : « بل يزوجها منه » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن الجهة التي لا تُفيد الإجبار لا تتولى طرفي العقد ، فلا يزوج ابن العم من نفسه ، بل يُوكِّل من في درجته ، ولا يوكّل أبعد منه ، وإلا زوجه السلطان . انظر المجموع شرح المهذب (١٧ / ٢٧٢) . مغني المحتاج (٣/ ١٦٣) .

مذهب الحنفية : أنه يجوز لابن العمّ أن يزوج من نفسه . وهو مذهب المالكية والحنابلة . وعن أحمد رواية كمذهب الشافعية .

وعند الحنفية أن الوكيل من الجانبين ، له أن يتولى طرفي العقد . وصورة « الوكالة » عند الحنفية أن توكل المرأةُ رجلاً في تزويجها من نفسه ؛ فيكون أصيلاً في حق نفسه ، وكيلًا في حقها . أو يوكله رجلٌ في تزويجه ، وتوكّله - أيضًا - امرأةٌ في تزويجها ؛ فيكون وكيلًا من الجانبين . انظر : إيثار الإنصاف ص (١٥٠) . الاختيار (٣ / ٩٧) . فتح القدير (٣ / ٣٠٥) . القوانين الفقهية ص (٢٠٥) . الشرح الكبير للدردير (٢ / ٢٣٣) . المقنع ص (٢٠٩) . المغني (٦ / ٤٧٠) .

الفصل الخامس
في توكيل الوليِّ وإذْنه

أما الوليُّ المجْبِرُ ، فله التوكيل قطعًا . وهل عليه تعيينُ الزوج ؟ قولان :

أحدهما : لا ، لكنْ على الوكيل طلبُ الكفُؤ ؛ فإنَّ الإذن يتقيَّد بالغِبْطة [١] .

والثاني : يَلي ؛ لأنَّ النظر في أعيان الأكْفَاءِ دقيقٌ ، والنكاحُ مُخطر [٢] ؛ فينبغي أنْ يتولّاه الوليُّ .

أما المرأة إنْ أَذِنت للوليِّ [٣] الذي لا يُجْبِر ولم تُعَيِّنْ ؟ ففيه قولان مرتَّبان ، وأَوْلى بالجواز ؛ لأنَّ الوليَّ ذو حظّ فينظر بخلاف الوكيل .

وإنْ صرَّحتْ بإسقاط الكفاءة تَخَيَّرَ الوليّ . وهل يجبُ التعيينُ مع ذلك ؟ فيه طريقان . وإن قالت : زَوِّجْني ممنْ شِئْتَ [٤] . فالصحيحُ أنه لا يُزَوِّج إلا من كفؤ [٥] ؛ ومعناه : ممن شئتَ من الأكْفَاء . وليس لغير المجبر التوكيلُ إن مَنَعتْ من ذلك ، وإن رَضِيَتْ جاز ، وإن أطلقتِ الإذنَ [٦] ؟ فوجهان :

أحدهما : لا ، [٧] كالوكيل بالبيع [٧] .

والثاني : نعم ؛ لأنه على الجملة ذو ولاية وحظٌّ .

---

(١) أي يكون النكاح مُشْتملا على مصلحتها ، وليس فيه إضرارٌ بها .

(٢) في (أ) : « خطر » .

(٣) في الأصل : « إنْ أَذِنَتِ الوليَّ » والمثبت من (أ) ، (ب) . وهذا الفعل « أذن » لا يتعدى بنفسه ، وإنما يتعدى بحرف « اللام » ، ولكن على عادة الفقهاء فإنهم يتخففون من الصلة ، كما قالوا : « عَبْدٌ مأذونٌ » أي : مأْذون له . انظر : المصباح المنير (١ / ١٨) مادة (أذن) .

(٤) في (ب) : « بمن شئت » .

(٥) في (أ) : « الكفؤ » .

(٦) في (أ) : « بالإذن » .

(٧) في (أ) : « كالتوكيل في البيع » .

فرع :

لو عَيَّنَتْ زوجًا ، ورضِيَتْ بالتوكيل ، فَعَيَّنَ الوليُّ في التوكيل ذلك : جاز . وإن أطلق، فاتفق [(١)] أَن زَوَّجَ الوكيلُ من المعيَّنِ ؟ ففي الصحة وجهان . ووجهُ الفسادِ فسادُ صيغة التوكيل ، كما لو قال الوليُّ [(٢)] : « بِعْ مالَ الطفل بالغبن » [(٣)] فَبَاعَ بالغِبطة – فإنه لا يصحُّ ، [(٤)] ويتصل هذا النظرُ في كيفية تعاطي الوكيل [(٤)] . ولْيقل الوليُّ للوكيل في القبول : زوجتُ فلانَةَ من فلان ، ولا يقلْ [(٥)] : منك . ويقول الوكيل : قبلْتُ لِفلانٍ . فلو اقتصر على قوله : قبلتُ ، ففيه وجهان ؛ لتردُّدِه بينَه وبينَ الموكل . ولو قال : قبلتُ لنفسي ، لم يصِحَّ له ولا للموكل ؛ لأنّه مخالفٌ للخطاب .

ولو قال : زوجتُ منك ، فقال : قبلتُ ، ونَوَى موكِّلَه : لم يقعْ للموكل ، وفي البيع يقع مثلُه للموكِّل ؛ لأنّ معقود البيع قابلٌ للنقلِ بخلاف معقود النكاح .

* * *

(١) في (أ) : « واتفق » .

(٢) كلمة « الولي » ساقطة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « بغبن » . المثبت من (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ويتصل بهذا النظر كيفيةُ تعاطي الوكيل » .

(٥) في (ب) : « ولا يقول » وكلاهما صحيح .

الفصل السادس
فيما يجِبُ على الوليِّ

فنقول : أَمَّا غيرُ المجبِرِ فتجبُ عليه الإجابةُ – إذا طَلَبَتْ – إن لم يكن في درجته غَيْرُه . فإن كان ، فهو كشاهدٍ لا يتعيّن ، وفيه خلافٌ . فإن تعيَّنَ وعَضَل وأحْوَجَها [1] إلى السلطان : عَصَى ؛ لما فيه من الإضرار [2] ، وخَرْقِ المروءة ، والنهْيِ عن العضْل [3] .

وأمّا المجبِرُ ، فيجب عليه تزويجُ المجنونةِ [4] إذا تَاقَتْ [5] . ولا يجب التزويجُ من الابن الصغير ؛ لأنه لا يلزمه [6] المهرُ والنفقةُ . ولا يجب تزويجُ البنتِ [7] إلا إذا ظهرت الغبطة ، فيحْتمل الإيجاب كما إذا طُلِبَ مالُ الطفلِ بزيادةٍ ، فإنه يجب [عليه] [8] البيعُ ، ويُحْتمل تجويزُ التأخير إلى بلوغها [9] .

وأما مالُ الطفل فلا يجب على الولي أن يَكُدَّ نفسَه بالتجارة والاستنماء ، ولكن يجب

---

(١) في (ب) : « وأخرجها » .

(٢) في (ب) : « الاحتراز » وهو خطأ .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (والنهي عن العضل) من النهي عنه قولُه تعالى : ﴿ فلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٢] .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (أما غير المجبر ، فيجب عليه الإجابة إذا طلبت) إلى قوله : (وأما المجبر فيجب عليه تزويج المجنونة) لا يفُهَم من السياق أن المجبر يفارق غير المجبر في وجوب الإجَابة إذا طلبت ، فقد سبق في أول الباب أن المجبر تجب عليه الإجابةُ إذا التمست ، وإنما لم يَذْكر هذا هاهنا في حقِّ المجبر ، إما لأنه قد ذكره مرةً ، أو لأنه قصد ذِكْرَ ما يختصُّ به المجبرُ مِنْ تزويجِ المجنونة وغيرها ؛ تعويلًا على أن الوجوب عند الطلب في المجبر يُفْهَم من مجرد ذكره في غير هذا المجبر الذي هو وكيلٌ مِنْ وجه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٢ / ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « توقانُ المجنونةِ قد يُعْرف بتعرضها للرجال » مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / أ) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « لأنه يلزمه » وهو خطأ .

(٧) في (ب) : « الثيب » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قولهُ : (ويحتمل تجويزُ التأخير إلى بلوغها) وجهُه : أن أمر النكاح جَلَلٌ ، وللحبِّ فيه تأثيرٌ عظيمٌ ، فربما رَأى الوليُّ المصلحة في ألا يزوجها إلا ممن تحبُّ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٢ / ب) .

صَوْنُه عن الضياع ، وقَدْرٌ من الاستنماء المعتاد الذي يصونه [عن] (١) أن تأكله النفقة . ولو طُلِبَ مالُه بزيادةٍ (٢ وجَبَ ٢) البيع . ولو بِيعَ شيءٌ بأقَلَّ ، فله أن يشتري لنفسِه ، فإنْ لم يُرِدْ فلْيَشْتَرِ لطفلِه (٣) . وإن قَبِلَ نكاحَ ابنِه ؟ لم يلزمْه الصّداقُ في الجديد ؛ لأنه لم يضمن . وفي القديم : يصير بالعقد ضامنًا . وهل يرجع به بعد البلوغ ؟ فيه احتمالٌ على القديم (٤) . وإن تَبَرَّم (٥) بحفظ مال الطفل ،فله أن يَستأجر من مال الطفل مَنْ يعمل له ، (٦ أو يطالب السلطانَ ٦) بأجرةٍ يُقدِّرُها له من مال الطفل إن لم يجد متبرِّعًا (٧) . وإن وجد متبرعًا ، فالظاهرُ أنه لا يُعْطي الأجرةَ بخلاف الأُم ؛ فإن إرضاعَها بالأُجْرة / أَوْلى من إرضاع متبرعةٍ أجنبيةٍ ؛ لما فيه من التفاوت الظاهر. ١٦٣/أ

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « يجب عليه البيع » . وفي (ب) : « يجب البيع » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلْيشترِ لطفله) هذا أمرُ وجوبٍ ، فإن المصنف صَرَّحَ بالوجوب في موضع آخر ، والظاهرُ من أمره أنه يرى أنّ هذا البيع وأن هذا الشراء واجبٌ ، وإن كان قد حصل الاستنماءُ المذكور ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / أ) . وقال في الروضة (٧ / ٧٩) : يتقيد ذلك – يعني وجوب الشراء – بشرط الغبطة ؛ فقد يُؤخذ الشيءُ رخيصًا ، ولكنه عُرْضَةٌ للتَّلَف ، وقد لا يتيسَّر بيعُه لقلّة الراغبين .

(٤) في (أ) : « في القديم » . قال ابن الصلاح : « قولُه : (على القديم) يحتمل ألا يرجع بعد البلوغ كالعاقلة ، ويحتمل أنْ يرجع ؛ لئلا يمتنع الوليُّ من تزويج ابنه عند ظهور الغبطة ، فيضيع مصلحته » . المشكل (جـ٢ ق ٨٣ / أ) .

(٥) بياضٌ في (ب) بمقدار كلمة . قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن تبرم ...) إلى آخره قلت : ليس هذا مخصوصًا بالزائد على ما ذكرنا وجوبه على الولي ، بل هذا في الجميع ، فله أن يستأجر ، أو يأخذ الأجرةَ في القدر الواجب والزائد عليه ، وقد أشعر هذا قولهُ : (بحفظ مال الطفل) فإن الحفظ من الواجب قطعًا ، ولا يقال : كيف يجوز له تَرْكُ ما هو واجبٌ عليه ؟ أو كيف يأخذ عليه أجرة ؟ لأني أقول : الواجبُ عليه إنما هو السَّعْيُ في تحصيل ما ذكرناه ، إما بنفسه أو بغيره » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / أ) .

(٦) في (ب) : « وله أن يطالب السلطان » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (يطالب بأجرة يُقدِّرها السلطان له) إن لم يكن مخصوصًا بمن عدا الأب والجدّ ، فيحتاج إلى الفرق بينه وبين فِعْلِ ذلك بنفسه والله أعلم . وعلى كل حال ، ففي النفسِ من هذا الفصل شيءٌ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / أ) .

الفصل السابع
في الكفاءة وخصالها

واعلم أن الكفاءة حَقُّ المرأةِ والأولياءِ، فلو رَضُوا بغير كُفُؤٍ – جاز، خلافًا للشيعة [(١)]، فإنهم حرّموا العَلويَّات على غيرهم. وكيف يَحْرُمْنَ [(٢)]؟! ولم تَحْرم بناتُ رسول الله ﷺ على عثمانَ وعليٍّ وأبي العاص [(٣)]. وأين كفؤُ رسولِ الله ﷺ في العالم؟! قال الشافعي (رضي الله عنه):

---

(١) شِيعةُ الرجل: أتباعُه وأنصارُه. وجمعُها: شِيَع. وكلُّ قومٍ اجتمعوا على أَمْرٍ فَهُمْ «شيعة». وأصلُ «الشيعة»: الفِرْقةُ من الناس على حِدة. وكلُّ مَنْ عاون إنسانًا وتحزَّب له، فهو له «شيعة». وهو يقع على الواحدِ والاثنين والجمعِ، والمذكرِ والمؤنثِ بلفظ واحد. ثم غلب هذا الاسمُ على كل من يتولى عليًا (رضي الله عنه) وأهلَ بيته، حتى صار اسمًا خاصًا لهم. فإذا قيل: «فلانٌ من الشيعة» عُرف أنه منهم. ولم يكن أنصار عليّ (رضي الله عنه) يُسَمَّوْنَ في أول الأمر بالشيعة، وإنما تمحضَتْ هذه الكلمةُ للدلالة عليهم بعد مقتله (رضي الله عنه). انظر لسان العرب (٤ / ٢٣٧٧). تاج العروس للزّبيدى (٥/ ٤٠٥). أعيان الشيعة للسيد محمد الأمين الحسيني (١ / ٣٤).

أهم فرق الشيعة:

أ – الكيسانية: وزعيمها المختار بن أبي عبيد الثقفي الدجال.

ب – الزيدية: وهي منسوبة إلى زيد بن علي زين العابدين، ومذهبهم قريبٌ إلى أهل السنة.

جـ – الرافضة: وهم يتبرءون من أبي بكر وعمر (رضي الله عنهما) وهذه الفرقة من غالية الشيعة.

انظر: تاريخ الطبري (٦ / ١٢٣). مروج الذهب للمسعودي (٣ / ٩٨). مقالات الإسلاميين لأبي الحسن الأشعري (١ / ١٣٢). الفَرْق بين الفِرَق للبغدادي ص (٥١ – ٩٠).

وقال ابن الصلاح: «خلافُ الشيعة لا يُعْتَدُّ به عند الأئمة، ولذلك لا يُذكرون في كتب اختلاف العلماء في الأحكام إلا على ندور. وقد تقرر في الأصول أن الإجماع ينعقد وإنْ خالفوا، فلا ينبغي إذن التعرُّضُ لِذِكْرِ خلافهم فيما نحن فيه، لكنْ لذكرِه سببٌ نذكره إن شاء الله تعالى، وهو إما لأنه مذهبُ عبد الملك بن الماجشون – وقيل: إنه مذهب مالك (رحمه الله) – فَذُكِرُوا هم تبَعًا لذكر مذهبهم. وإما لأنه اشتهر بين الناس، فدعتِ الحاجةُ إلى بيان فساده، والله أعلم». مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣/ب). وانظر السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكاني، فقد نعى على الشيعة هذا القولَ وشنَّع به. السيل الجرار (٢ / ٢٩١ – ٢٩٥).

(٢) في (أ)، (ب): «يحرم».

(٣) هو أبو العاص بن الربيع القرشي، وهو زوج زينب بنت رسول الله ﷺ. وقد أُسِر أبو العاص يوم بدر، فَمُنَّ عليه =

كيف كان عليٌّ كفؤَ فاطمةَ ، وأبوه كافرٌ [١] ، وأبوها سيِّد البشر ؟! ولو كان يكفي النسبُ في الكفاءة ، فالناسُ كلُّهم أولادُ آدم (عليه السلام) ، فَلِمَ تفاوتوا [٢] ؟! . وأَمَرَ رسولُ الله ﷺ فاطمةَ بنتَ قيسٍ - وهي قرشيةٌ - أن تَنْكِحَ أسامةَ ، وهو مَوْلًى [٣] .

والصحيحُ : أن التي لا وليَّ لها ، يزوّجُها السلطانُ من غير كفؤ برضاها ؛ إذْ لا حظّ للمسلمين في الكفاءة ، وذكَرَ الصيدلانيُّ خلافَه [٤] .

ثم الكفاءةُ ترجع إلى مناقبَ [٥] ، ....

= بلا فداء ؛ كرامةً لرسول الله ﷺ بسبب زينب ، ثم أسلم قبيل فتح مكة ، وحسُن إسلامه ، وتوفى (رضي الله عنه) عام (١٢) من الهجرة . انظر ترجمته في : أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير (٢٣٦/٥) . الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (١٢١/٤) . تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٢ / ٢٤٩) .

(١) في (أ) : « وأبوه كان كافرًا » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو كان يكفي النسب) أي التساوي في الانتساب إلى جَدّ أو قبيلةٍ ، وهذا جوابٌ عن سؤال مُقدَّر ، فإنه قيل : إنما كان عليٌّ كفؤًا لها (رضي الله عنها) لأن أباه - أبا طالب - كان كفؤًا لعبد الله أبي رسولِ الله ﷺ ؛ لأنهما ابنا عبد المطلب . والجوابُ عنه : أنه لا يكفي الاستواءُ في النسب إلى الأجداد ، فالناسُ كلُّهم متساوون في النسب إلى جدهم الأعلى آدم (صلى الله عليه وعلى نبينا والنبيين وسلّم) وهم مع ذلك متفاوتون لتفاوتِ آبائهم الأقربين ، ولافتراقهم في الفضائل ، وقد تفاوت أبوها ﷺ وأبوه [أي : أبو علي] فإنّ أباها سيدُ البشر ، وأباه كافرٌ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / ب) .

(٣) سبق تخريجه ص (٤٠) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وذكر الصيدلاني خلافَه) أي : لا يجوز ؛ لأن الولاية للمسلمين ، والسلطانُ نائبهم ؛ فلا يكفي رضاه . وقد ذكر غير واحد من المصنفين أن هذا هو الصحيح » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٣ / ب) . قلت : ومن هؤلاء الإمامُ النوويُّ (رحمه الله) . انظر مغني المحتاج (١٦٥/٣) .

(٥) قال ابن الصلاح : « الكفاءةُ ترجع إلى المناقب ، ولا يُعتبر جميعُها لكثرتها ؛ لئلا تُفْضِي إلى العُشر ، وإنما يُعْتبر منها خمسٌ . والحريةُ تعتبر في نفس الزوج وفي الآباء حتى لو كانا حرّين ، ولكن كل واحد يرجع إلى أب رقيق ، فيعتبر التساوي في القرب من الرقيق ، حتى لو كان الرقيق من جانبها يقع عاشرًا ، ومن جانبه تاسعًا ، فليس كفؤًا . كذا في « تعليق » القاضي أبي محمد بن الحسين المَرْوُرُّوذِي ، وأظنه ابنَ القاضي الحسين ، وذكره أيضًا صاحب =

والمعتبرُ منها [١] خمسٌ [٢] : التنقِّي من العيوب المثْبِتة للخيار ، والحريةُ ، والنسبُ ، والصلاحُ في الدين ، والتنقِّي من الحرف الدنيَّة [٣] . والجمالُ لا يعتبر ؛ لأنه يرجع إلى مَيْل النفس [٤] . واليسارُ يُعْتبر في أضعف الوجهين ، ولعلّ ذلك قدر البلاغ [٥] دون التساوي في المقادير . ولا مُبَالاةَ بالانتساب إلى الظَّلَمة [٦] ؛ بل إلى أرومة [٧] رسول الله ﷺ وإلى العلماء ؛ لأنهم ورثةُ الأنبياءِ [٨] ، وإلى الصُّلَحاء المشهورين [٩] ....

= « التهذيب » والله أعلم ، فالمصنِّف أراد الحرية في نفس الناكح ، وأما في الآباء فلم يتعرض لاعتبارها » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « فيها » .

(٢) في (ب) : « خمسة » .

(٣) في (ب) : « الدنيئة » .

(٤) في (أ) : « النفوس » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قولُه : (ولعل ذلك قدر البلاغ) أي هذا محلّ الخلاف . أما التساوي في مقادير المال ، فلم يَعْتبره أحدٌ . لكنْ حكى غيرُه وجهًا أن الناسَ طبقاتٌ ثلاثٌ : فقير ، ومتوسط ، وغنيّ ، فيعتبر التساوي في الطبقة وإن لم يتساوَيَا في مقدار المال» . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا مبالاة بالانتساب إلى الظلمة) أي : إلى عظماء الدنيا وكبار أربابها الظلمة ، وكذا لو لم يكونوا ظلمة ، لكن لما كان أكثرهم ظلمةً خَصّهم بالذكر » . المشكل (جـ٢ ق ٨٤ / أ) .

(٧) قال ابن الصلاح : « الأرومة - بضم الهمزة وفتحها - هي الأصل ، وكلُّ بطنٍ من العرب كانوا أقربَ إلى رسول الله ﷺ كانوا أعلى مما هو أبعد منه ، فإن قلتَ : قال : (إلى أرومة رسول الله ﷺ) ولم يَقُلْ : (إلى رسول الله ﷺ) ؟ قلتُ : لأن الانتساب إلى نفسه ﷺ لا يُتَصَوَّر إلا من جهة البيت ، ولا عبرة بذلك في الأحكام المتعلقة بالأنساب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / أ وما بعدها) .

(٨) هذا جزء من حديث رواه أبو داود (٤ / ٥٧) حديث (٣٦٤١) والترمذي (٤ / ٤٧) حديث (٢٦٨٢) وابن ماجه (١ / ٨١) حديث (٢٢٣) ، وذكره البخاري في الترجمة من كتاب « العلم » (١ / ١٩٢) (٣) كتاب « العلم » (١٠) باب « العلم قبل القول والعمل » ؛ لقوله تعالى : ﴿ فاعلم أنه لا إله إلا الله ﴾ فبدأ بالعلم ، وأن العلماء هم ورثة الأنبياء ... » .

قال الحافظ ابن حجر فى هذا الحديث : « حسَّنه حمزة الكتاني ، وضَعَّفُه عندهم باضطراب في سنده ، لكن له شواهد يتقوَّى بها » . فتح الباري (١ / ١٩٢) .

(٩) قال ابن الصلاح : « اعتبر « الشهرة » هاهنا وفي « البسيط » و « النهاية » في الصلحاء لا في العلماء ، ولعل وجهه أن شرف العلماء عظيم من حيث إنهم ورثة الأنبياء ، ولا يتوقف شرف الانتساب إليهم على الاشتهار ، بخلاف =

الذين لا يُنْسَى أمرُهم [1] بعدَ الموت ، فإنه الموجِبُ للتفاوت .

وأمّا صلاحُ الزوجِ فيكفي فيه التَنَقِّي من الفِسْق ، ولا تُعْتبر المساواة في درجة الصلاح والاشتهارِ [2] .

والحرفُ الدنيّة [3] هي التي تدل على سقوط النفس ، وأكثرُها يرجع إلى مُلابَسَة القاذورات . والرجوعُ في تفصيلِ جميعِ ذلك إلى العادات [4] .

* * *

= الصلاح ؛ فإنه في العرف لا يشرف المنتسب إلى الصالح الخامل غير المشهور ، وهو في نفسه لا يبلغ درجة العلم والله أعلم ، وفيه مزيدُ نظرٍ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / ب) .

(١) في (أ) : « لا أمورهم » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : « ولا الاشتهار » وكذا لا يعتبر كونه عدلًا مزكًّى ، بل يكفي ألا يكون فاسقًا مردودَ الشهادة فحسبُ ، وإن كان مستورًا » مشكل الوسيط (جـ ٢ ق ٨٤/ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قال : (والحرف الدَّنِيَّة) قد ذكر الإمام في كتابه (يعني إمام الحرمين في كتابه النهاية) وحكاه المصنفُ عنه في « بسيطه » أنه لا يبعد اعتبار التنقِّي منها في الآباء ؛ لأن ذلك يحطّ من الأحساب . قلت : وهذا يدل على اعتبار الحرية في الآباء على ما ذكرتُه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (الرجوعُ في تفصيل ذلك إلى العادات) أي : هي المرجع في بيان ما يدل من الحرف على سقوط النفس » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٤ / ب) .

وتمام هذا النظر بثلاث مسائل :

إحداها : أن هذه الخصال تُعتبر في تزويج البنت لا في الابن ؛ إذ لا عَارَ على الرجال في غِشْيان خسيسةٍ . نعم ، لا تُزَوَّج منه معيبةٌ بالعيوب المثبِتة للخيار (١) ، ولا يُتَصوَّر تزويجُ الرقيقة منه (٢) ؛ لأنه لا يخاف العنت (٣) ، وفي اعتبار الكفاءة بجانبه أيضًا وجهٌ بعيدٌ .

الثانية : هذه الخصال هل تُجْبَر بالفضائل ؟:

يُنْظَر : فإن كان الفائتُ نسبَ رسول الله ﷺ ، فلا يوازيها الانتساب إلى غيره من العلماء والصلحاء . وهل يوازيه الصلاحُ الظاهر المشهور في الخطّاب (٤) ؟ . الأصح أنه لا يوازيه (٥) ، وقيل : تُجْبر به ، واعْتُمِدَ فيه هَمُّ (٦) عمر (رضي الله عنه) بتزويج ابنتِه سلمانَ الفارسيَّ وبأمثالِ ذلك (٧) .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (نعم لا تُزَوَّج منه مَعِيبةٌ) أي : يُسْتثنى من قولنا : (هذه الخصال لا تعتبر في تزويج الابن) فإنه يعتبر فيه أيضًا لعدم الضرار . وكذلك الحرية تعتبر ، فلا يُزَوَّج برقيقة إلا أن اعتبار هذا ليس لأجل الكفاءة ، بل لأنه لا يُتصوَّر تزويجُ الرقيقة منه ؛ لامتناع الشرط وهو خَوْفُ العنت ، وقد أشار المصنف إلى هذا ، والله أعلم ، ويُزاد على ما ذكر المجنون الكبير التائق ، فإنَّ خوْف العنت في حقه مُتَصَوّر ، فلْيُتصور تزويجُ الرقيقة منه » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / أ) .

(٢) كلمة « منه » ليست في (ب) .

(٣) في (أ) : « العيب » ، وهو خطأ واضح .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الخاطب » .

(٥) قال ابن الصلاح : « الأصح أنه لا يوازيه ؛ لأن النسب من خصال الكفاءة ، بخلاف المشهور من صلاح الزوج » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / أ) .

(٦) كلمة (همّ) ساقطة من (ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وبأمثال ذلك) يعني كما حدث مع عبد الملك بن مروان ، أرسل رجلًا صالحًا من الموالي إلى ابن عمر (رضي الله عنه) ليخطب له ابنته ، فدخل المسجد ، وصلى ركعتين ، وأحسن أداءهما ، ثم افتتح الخطبة وأدّى الرسالة ، فقال ابن عمر : لا رغبة له في عبد الملك ، وإن أردْتَها لنفسك فَخُذْها ؛ فقد أحسنتَ أداء أمانته (أي أمانة عبد الملك) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / أ وما بعدها) .

وأمّا العيوب فلا يَجْبُرُها غيرُها . وأما اليسار فَيُجْبر بغيره [١] . والحرفةُ لا تُعَارِض النَّسبَ [٢] ، وربما يُعارضه الصلاحُ ، والمحكَّم في جميع ذلك العاداتُ [٣] ونَفْيُ العَار .

الثالثة : إذا زوَّجها مِنْ غير كفؤ [٤] ، بطل العقدُ على الصحيح ، وذكر العراقيون في تزويج السليمة من المعيب قولينْ ، (٥ وهو أَجْرى ٥) في سائر الخصال . ثم قالوا : إن قلنا : ينعقد العقد ، فهل يثبت للوليِّ الفسخُ ؟ قولان . وأجْرَوْا ذلك [٦] وإن كان عالما به ؛ لأن الحقّ للطفل ، فلا يَسْقط بعلمه . وإن بلغتْ ، فهل يثبت لها الخيارُ ؟ ففيه تردُّد . وكلُّ ذلك بعيدٌ ؛ ووجهُه أن في النكاح مصالح خَفيّة ، [والأبُ مؤتمنٌ غَيْرُ مُتَّهَمٍ ، فربما يتعاطى تحصيلَ مصلحةٍ خفية] [٧] قد تتقاضى تركَ الكفاءة ، إلا أنه إذا رُوعي ذلك ، فلا يتَّجِه إثبات الخيار .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « اليسار يُجْبر بغيره : أي بجميع ما عداه من الخصال » . المشكل (جـ٢ ق ٨٥/ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (والحرفة لا تُعارض النسب) أي : لا يكون ذو الحرفة النفيسة – الذي لا نسب له – كفؤًا لذي الحرفة الخسيسة الذي له نسبة شريفة ، بل يكون كفؤًا لمن له حرفة خسيسة مع صلاحٍ في نفسه ؛ وهذا لأن أَثَر الحرفة قريبٌ . والكلامُ في حِرَفٍ يحلُّ ملابستُها ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٨٥ / ب) .

(٣) في (أ) : « العادة » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا زوّجها من غير كفؤ) هذه المسألة إنما فرضها هو في المجبر ، فأما في غير المجبر إذا زوجها برضاها من غير كفؤ من غير رضا باقي الأولياء ، فسيذكره في الفصل الآتي إن شاء الله تعالى » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / ب) .

(٥) في (أ) : « وهما جاريان » . قال ابن الصلاح : « قوله : (وهو أجرى في سائر الخصال) أي : لأن فوات السلامة أَضَرُّ من فوات سائر الخصال . و « أجرى » بالجيم لا بالحاء » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٥ / ب) .

(٦) في (أ) : « فيه » .

(٧) زيادة من (ب) .

الفصل الثامن
في اجتماع الأولياء في درجة واحدة

وإذا اجتمعوا ، فكلٌّ واحد يستقل ، لكنِ الأحبُّ تقديمُ الأسَنّ [١] والأفضلِ . فإن تزاحموا ، فالعقدُ إلى مَنْ تعينّ المرأةُ . فإن أذِنت للكل ، أُقرع بينهم . فإن عقد مَنْ لم تخرج له القرعة مبادرًا – انعقد . وإن زوَّج أحدهم من غير كفؤ برضاها ؟ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « النكاح مفسوخ » [٢] فقيل : إنّ معناه أَنَّ للآخرين فسخَ العقد اعتراضًا . وقيل : معناه أنه لا ينعقد ؛ لأنه يؤدي إلى لحوق العار [بالولي] [٣] قبل أن يُتدارك . وقيل : المسألةُ على قولين .

فرع : إذا أذنت لِوَليَّيْنِ ولم تعينّ الزوجَ – وجوَّزنا ذلك – فعقَد كل واحد منهما [٤] مع شخص ، فإن اتحد الوقتُ تدافعا . وإن [٥] لم يُعْلم السبقُ [٦] وأمكن التوافق تدافعا أيضًا ؛ إذ ليس نستيقن صحة نكاح أحدهما . [٧] فإن سبق أحدهما وتعينّ [٧] ولكن نسيناه ، وتعذَّر بيانُه ، فالنكاحُ بينهما موقوفٌ ، ولا نُبالي بتضرُّرِها طولَ العمر ، كما لو غاب زوجُها [٨] ولم تُعْرَفْ حياتُه [٨] ، وكما لو انقطع دم الشابة بمرضٍ [٩] ، فإنَّ عليها انتظارَ سِنِّ اليائس مع الضرار فيه . وإنْ عُلِمَ السَّبقُ ولكن [١٠] لم يتعينّ السابقُ منهما أصلًا ، وحصلَ اليأسُ من البيان ، فقولان مبنيان [١١] على القولين في جُمُعتين عُقِدَتَا في بلدة واحدة على هذا الوجه ، وها هنا أَوْلى بالفسخ لأن الصلاة لا تحتمل الفسخَ ، ففي قول : يُتَوقف كما لو تعينّ ثم نُسِيَ . [١٢] وفي قول : يُفْسخ ؛ لدوام الضرار وإطباقِ الإشكالِ من أول الأمر إلى آخره . ويَشْكل على هذا ، إذا تعينّ ثم نُسِيَ [١٢] . وقد قيل بطرد القولين فيه ، لكنَّه غريبٌ .

---

(١) في (ب) : « الأمين » .

(٢) انظر الأم (٥ / ١٥) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) كلمة « منهما » ليست في (ب) .

(٥) في (أ) : « ولو » .

(٦) في (أ) : « السابق » .

(٧) في (أ) : « فإن تعين سبق أحدهما » .

(٨) في (أ) : « ولم يعرف خبره » .

(٩) في (ب) : « لمرض » .

(١٠) كلمة « ولكن » ساقطة من (ب) .

(١١) في (أ) ، (ب) : « مرتبان » .

(١٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

التفريع : حيث رأينا الفسخَ ، فقد حكى الصيدلانيُّ عن القَفَّال أنه ينفسخ ، ولا حاجة إلى إنشاء [الفسخ] [1] . والأصح : أنه يحتاج إلى إنشاء الفسخ [2] . ثم فيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يتعين [بتعيين] [3] القاضي ؛ لأنه مَحَلُّ الْتِبَاسٍ .

والثاني : لها الإنشاء ؛ لِتَضَرُّرِها ، كما في / الجَبِّ والعُنَّة [4] ؛ فإن الزوج يَقْدر على الطلاق . ١٦٣/ب

والثالث : أن للزوجين أيضًا الفسخ .

وإن تأخر الفسخُ ، فنفقتُها تُقسم على الزوجين ؛ لأنها محبوسة بسببهما ، ولا مَهْرَ عليهما ؛ إذ النفقةُ قد تجب بعلَّة الحبس دون المهر . وفي النفقة وجهٌ منقدح [5] أنه [6] لا تجب ؛ لأنه ليس الحبس بتقصير منهما ، ولا النكاحُ مستيقنٌ [7] في حقٍّ [8] واحد منهما .

هذا كلُّه عند الاعتراف بالإشكال . فإن ادّعى كلُّ واحدٍ منهما أنه السابق ؟ قال الصيدلاني : « ليس لأحد الزوجين أن يَدَّعي على الآخر ؛ إذ ليس في يده شيءٌ ، وليس أحدهما بأن [9] يكون مُدَّعِيًا أولى من أن يكون مُدَّعًى عليه » .

[10] وإن ادعى على الولي [10] – وهو غير مُجْبِر – : لم يَجُزْ [11] . وإن كان مجبرًا فوجهان ، لا اختصاصَ لهما بمحلِّ التنازع :

أحدهما : أنه لا يتوجه عليه أصلًا ؛ إذ لا حَظَّ له في الملك ، وإنما هو عاقدٌ كالوكيل .

والثاني : يتوجه ؛ لأن إقراره يُقْبَل بخلاف الوكيل والذي لا يجبر .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « فسخ » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « والعنت » وهو خطأ .

(٥) في (أ) : « ينقدح » .

(٦) في (ب) : « أنها » .

(٧) في (أ) : « مستيقنا » .

(٨) كلمة : « حق » ليست في (ب) .

(٩) في (ب) : « أن » .

(١٠) في (أ) : « وإن ادعى عليه » .

(١١) في (ب) : « لم تسمع » .

قال الإمامُ : إذا لم يُمْكِن دعوى العلم [1] على المرأة ، فلا يَبْعُد أن يَدَّعي أحدُهما على صاحبه ، وتُجْعلُ المرأةُ كَمَالٍ في يد ثالثٍ تدَاعَاه رجلانِ . ثم [ذكر] [2] القاضي في البداية بالتحليف [أنه] [3] يُقْرع بينهما .

أمّا إن ادُّعِيَ [4] عليها العلمُ بالسَّبْق ، فلها ثلاثةُ أحوالٍ :

إحداها : أن تُقِرَّ لواحدٍ - وفرَّعْنا على الصحيح في صحة إقرارها - ثبتت [5] زوجيَّتُه في الحال . لكن هل للثاني أن يُحَلِّفَها ؟ فيه قولان مبنيان [6] على أن مَنْ أقرَّ بشيءٍ لزيدٍ ، ثم أقرَّ به لعمرٍو ، هل يغرم للثاني بالحيلولة [7] ؟ فإن قلنا : يغرم ، فها هنا أيضًا يتوقع إقرارُها ، فيُحَلِّفها حتى تُقِرَّ ؛ فتغرم له ، أو تَنْكل ؛ فيستفيد الثاني باليمين المردودةِ تَغْرِيمَها .

وإن قلنا : لا تغرم ، فلا يُحَلِّفها ؛ إذ لا فائدة له في نُكُولها ، ولا في إقرارها . وفي القديم قولٌ أنه يُحَلِّفها حتى يَسْتفيد باليمين المردودة - إن نَكَلَتْ - ثُبُوتَ الزوجية له ، وكأنَّ إقرارَها الأول لم يُثْبت زوجيةَ الأوّل إلا بشرط الحلِفِ للثاني ، فأما مع النكول فلا . وهذا بعيد ؛ إذ نكولُها كيف يَرُدُّ إقرارَها ويزاحمه ؟!.

الحالة الثانية : أن تُنكر العلمَ بالسَّبْق ، وتحلف على نَفْيِ العلم ، فيبقى التداعِي بين الزوجين ، وذلك جائز وإن منعناه في الابتداء قبل توجيه [8] الدعوى عليها ؛ فإن الدعوى الآن وجد متعلَّقا ، ثم لم يفد قطع الخصومة . وقيل : إنه لا يُسمع تداعيهما [9] كما في الابتداء ، ويكفيها يمينٌ واحدة [10] على نَفْي العلم إنْ حضر الزوجانِ معا . وإن بادر أحدهما ، فهل للثاني تحليفُها مرةً أخرى ؟ فيه وجهان يجريان [11] في كل شريكين يدعيَان [12] شيئًا واحدًا .

---

(1) في (ب) : « العلة » وهو خطأ .
(2) زيادة من (أ) ، (ب) .
(3) زيادة من (ب) .
(4) في (ب) : « تثبت » .
(5) في (ب) : « ادعيا » .
(6) في (أ) : « ينبنيان » .
(7) في (ب) : « للحيلولة » .
(8) في (ب) : « توجه » .
(9) في (ب) : « تداعيها » .
(10) في (ب) : « واحد » .
(11) في الأصل : « يجري » والمثبت من (أ) (ب).
(12) في (ب) : «تداعيا» .

الحالة الثالثة : أَنْ تُنْكر وتَنْكُل ، حلف المدعي على السبق ، ولا يتعرض لِعِلْمِهما [(١)] ، فإن ذلك شرط في الدعوى لترتبط بها [(٢)] الدعوى .

هذا كلُّه إذا ادُّعِيَ عليها العلمُ ، فإن أطلق دعوى الزوجية ، ففي سماع الدعوى المطلقة خلافٌ ، [والله تعالى أعلم] [(٣)] .

* * *

(١) في (أ) : « لعلمها » .

(٢) في (أ) : « به » .

(٣) زيادة من (ب) .

الباب الثاني

في المَوْليِّ عليه

(وفيه فصول ثلاثة)

الأول

في المَوْليّ عليه بالجنون

وفيه مسائل ثلاثة [١] :

الأولى : البِكْرُ المجنونة ، لا شك في أن الأبَ يزوِّجها ، لكن الثيِّب إن كانت كبيرةً ، يُزَوِّجها بمجرد المصلحة من غير حاجةٍ على الأصحّ . وقيل : لا يُزَوِّجُها ؛ لأن الأبَ في حقِّ الثيب كالأخ ، وهو لا يزوِّجها .

وأمَّا الثيب الصغيرة المجنونة ، ففيه وجهان [٢] : أحدهما : لا يُزَوِّجها كالعاقلة وبخلاف البالغة ؛ فإنها [في] [٣] مَظِنَّة الشهوة على الجملة ، وإن لم يشترط ظهور حاجة الشهوة في حق الأب .

والصحيحُ : أنها إذا بلغت عاقلةً ، ثم عاد الجنونُ ، عاد [٤] ولايةُ البُضْع وإن كان في عَوْدِ ولاية المال خلافٌ ؛ لأن [٥] تَفْوِيضَ البُضْعِ إلى السلطان - مع حياة الأبِ - قبيحٌ .

الثانية : للأبِ التزويجُ من الابن الكبير المجنون ، وفي الصغير وجهان [٦] ، ووجْهُ المنع : أنه تكْثُر عليه المؤَنُ ، وخرج بالجنون عن مَظِنَّة الاستصلاح . وبالجملة تزويجُ [٧] البنتِ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وفيه مسائل » .

(٢) والصحيح من الوجهين أن له تزويجها . انظر الروضة (٧ / ٩٥) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « عادت » .

(٥) في (ب) : « لكن » .

(٦) والصحيح أنه لا يزوج . انظر الروضة (٧ / ٩٤) .

(٧) كلمة « تزويج » ليست في (أ) .

الصغيرة[(١] أَوْلى من التزويج [١)] من الابن .

ثُمَّ لا ينبغي أن يُزَاد في التزويج من المجنون على واحدة ، وظاهرُ المذهبِ : أنه يُزَوَّج من الصغير العاقل أربع [(٢)] ؛ لأنه في مَظِنَّة الاستصلاح ، وفيه وجه [(٣)] : أنه لا يزيد على واحدة أيضًا .

الثالثة : إذا لم يكن للمجنونة [(٤] أبٌ ولا [٤)] جَدٌّ ، يزوجها السلطانُ أو العصبات ؟ فيه وجهان :

أحدهما : العصبات ؛ لأنهم على الجملة ذو حَظٍّ ، وشفقتُهم أكملُ . نعم ، السلطان ينوب عنها في الرضا .

والثاني : أنَّ [(٥)] السلطانَ يزوِّجها ، كما أنه يَلي مالَها [(٦)] . نعم ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : « يُرَاجِع أهلَ الرأيِ من أقاربها ، ويشاورهم » . واختلفوا في أن ذلك إيجابٌ أو استحبابٌ [(٧)] ؟ فإن جعلناه إيجابًا ، رجع الأمرُ إلى أنه لابُدَّ من رضا الوليِّ والسلطانِ ، ورجع الخلافُ إلى تعيين مَنْ يتعاطى العقدَ .

ثم هل يُشْترط في تزويجهم حكمُ الأطباءِ بظهور حاجتها إلى الوطء ؟ وجهان :

أحدهما : لا يُشْترط ، بل يجوز بالاستصلاح كما يجوز للأب .

والثاني : نعم ؛ إذ ليس لهؤلاء رتبةُ الإجبارِ ، فلا يُقْدِمُون عليه إلا عن ضرورة [(٨)] / . ١٦٤/أ

* * *

(١) في (أ) : « أولى بالتزويج » .

(٢) في (أ) : « أربعًا » . وقوله : (ظاهر المذهب ... إلخ) يعني أنه يجوز أن يُزَوّج الصغير أربعًا . انظر الوجيز (٢/ ٩) . الروضة (٧/ ٩٤) . المنهاج ص (٩٧) .

(٣) في (أ) : « وقيل » .

(٤) في (أ) : « أبٌ وجَدّ » .

(٥) كلمة : « أن » ليست في (أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح كما في الوجيز (٢ / ٩) . الروضة (٧ / ٩٥) . المنهاج ص (٧٩) .

(٧) صحح البغويّ الوجوبَ ، وضعفه إمامُ الحرمين . انظر الروضة (٧ / ٩٥) .

(٨) اشترط الغزالي في الوجيز (٢/ ٩) ظهور حاجتها إلى الوطء .

الفَصْلُ الثَّاني

في الموليِّ عليه بالسَّفَه

فإذا بلغ الصبيُّ سفيهًا ، لم يُجْبِره الوليُّ على النكاح ؛ لأنه بالغٌ . ولا يستقلُّ هو بالنكاح ؛ لأنه سفيهٌ ، لكن يَنكح بإذن الوليِّ ، وعبارتُه صحيحةٌ . ويستقلّ بالطلاق ؛ لأنه لا يندرج تحت الحَجْر . ومهما التمسَ النكاحَ بعِلَّةِ الحاجة [١] وَجَبَ الإسعافُ ؛ لأنه أعرف بحاجته . فإن التمسَ بعلَّةِ المصلحة [٢] ففي وجوب إسعافِه تردُّدٌ [٣] ، ولأنه بَيْنَ الصَّبِيِّ والمجنونِ ، وهو أولى بالاستصلاح من المجنون . وإذا وجب الإجابةُ فامتنع الوليُّ فليراجع السلطان ، فإن لم يجدِ السلطان ، ففي صحة استقلاله تردّدٌ ، بخلاف ما إذا استقلَّ بشراء الطعام في مثل هذه الصورة ؛ لأن الطعام في محلّ الضرورة دون الوقاع ، ولذلك يجب على الأب الإنفاقُ على الابن دون الإعفاف .

ومهما استقلَّ دون مراجعة الوليّ ، لم ينعقد النكاحُ . فإن وطىء ، ففي المهر ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : لا يجب ؛ كما إذا اشترى وأتلف [٤] ، فإن البائع هو الذي قَصَّر وسَلَّط [٥] .

والثاني : يجبُ ؛ إذ تَعْرِيَةُ الوطءِ عن المهر غيرُ ممكنٍ تَعَبُّدًا .

---

(١) والحاجة هو أن تغلب شهوته فيحتاج إلى النكاح ، أو يحتاج إلى من يخدمه – ولم تقم مَحْرَمٌ بخدمته – وكانت مؤنة الزوجة أخفَّ من أجرة خادمة . ولم يكتفوا في « الحاجة » بقول السفيه ؛ لأنه قد يقصد إتلاف المال، بل اعتبروا « الحاجة » بظهور الأمارات الدالة على غلبة الشهوة . انظر : الروضة (٧/ ٩٩) .

(٢) من قوله : « الحاجة وجب الإسعاف ... إلى قوله : المصلحة » ساقط من (ب) .

(٣) في الروضة (٧ / ٩٩) : « قال الأكثرون : يشترط في نكاح السفيه حاجته إليه ، وإلا فهو إتلاف ماله بلا فائدة » .

(٤) في (أ) : « وتلف » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، واستشكله في الروضة (٧/ ٩٩) بقوله : « وفيه إشكال ؛ من جهة أن المهر حق المرأة ، وقد تُزَوّج منه ولا علم لها بحال الزوج » . وانظر المنهاج ص (٩٧) .

والثالث : يُكتفى بأقلّ ما يُتَمَوَّل ؛ لِحَقِّ التعبُّدِ وحقِّ السفيه ، وأما السَّفَهُ في جانبها فلا يَظْهر له أثرٌ .

فرع : ينبغي للوليّ أن يُعَيِّنَ المهرَ والمرأةَ جميعًا إذا أذن . فإن عيَّنَ المرأةَ دون المهر : جاز ، وتعيَّنَ مهرُ المثل . فإن زاد سقطت الزيادةُ وصَحَّ العقدُ . وإن عيَّنَ المهرَ وزاد [(١)] : لم يثبت وصح العقدُ بخلاف الوكيل إذا زاد ؛ لأنه عاقدٌ لنفسه ، ومقصودُ الإذنِ رفعُ الحجْرِ . ثم الغبطةُ تعيّن مقدارَ المهر .

أما إذا عيَّنَ امرأةً ، فنكح غيرها : لم يصحَّ ؛ لأنه حاد عن الأصل ، والمصلحةُ تتفاوت به ، كما أن الزيادة أيضًا لا تصح وإن صحَّ العقد دونها .

أَمَّا إذا أذن مطلقًا ولم يُعَيِّنِ المرأة ، ففي صحة هذا الإذن وجهان ؛ لمخالفته للمصلحة [(٢)] غالبًا [(٣)] . فإن قلنا : يصحُ ؛ فله أن ينكح مَنْ شاء بمهر المثل ، بشرط أن لا ينكح شريفةً يستغرِقُ مَهْرُها جميعَ مالِهِ ؛ فإن ذلك يخالف الغبطة ، والإذنُ المطلقُ يُنَزَّل على الغبطة . أما المرأة فالسَّفَهُ في حقها لا يؤثر في تغيير أمْرِ الولاية .

* * *

(١) في (أ) : « فزاد » . (٢) في (أ) : « المصلحة » .

(٣) والأصح أن الإذن كافٍ . انظر الروضة (٧/ ٩٧) . المنهاج ص (٩٧) . الوجيز (٢ / ١٠) .

الفصل الثالث

في المولِيِّ عليه بالرقِّ

[و] [1] للسيد إجبارُ الأَمَةِ على النِّكاح . وهل له إجبارُ العبدِ ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : نعَمْ ، كالأَمَةِ .

والثاني : لا ؛ لأن مستمتعه غَيْرُ مملوك [له] [2] ، ولا هو أهلٌ للنظر له [3] .

والثالث : أنه يُجْبِر الصغيرَ ؛ نظرًا إليه [4] دون الكبير .

وهل للعبد إجبارُ السَّيِّدِ على التزويجِ [5] منه ؟ [فيه] [6] وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنَّ مَنْعَه يُورِّطه [في] [7] الفجور ، والرّقُّ لا آخرَ له ، ولابُدَّ من التحصُّن .

والثاني : لا ؛ لأن ذلك يُشَوِّش مقاصدَ الرّقّ [8] .

ولعلّ الأصحَّ أنّ كل واحد منهما لا يُجبر الآخرَ ، بل لابد من تَرَاضِيهما . وهذا الخلافُ جَارٍ في أنه ، هل يجبُ تزويجُ الأمةِ إذا طلبت ؟ وهو أبعد ؛ لأن لها مَطْمَعًا في الاستمتاع بالسَّيِّد .

ثم تزويجُ المالكِ رقيقه – حيث قلنا به – طريقةُ الولايةُ أو الملك ؟ فيه وجهان :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ١٠٢) . المنهاج ص (٩٨) . ومال إليه الإمام الغزالي في الوجيز (٢/١٠) .

(٤) في (أ) : « له » .

(٥) في (أ) : « النكاح » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) . وفي (أ) : « لأن مَنْعَه يُورطه في ورطة الفجور » .

(٨) والأصح أنه ليس للعبد إجبار سيده على النكاح . انظر الروضة (٧ / ١٠٢) . المنهاج (٩٨) .

أحدهما : أنَّه الملكُ[1] ؛ إذ لا قرابةَ له[2] حتّى ينظرَ له . وإنْ نظر ، فينظر لمصالح ملكه ، وقد لا تكون مصلحةُ ملكِه مصلحةً للرقيق في نفسه .

والثاني : أنه بطريق الولاية ؛ لأنَّ مستمتع العبد لا يملكهُ ، ومستمتعُ الأَمَةِ – وإنْ مَلَكه – فليس المنقولُ إلى الزوج ملكَه ، ولذلك يملك الزوجُ ما لا يملكه ، من طلاقٍ وظِهارٍ . ولا يقدر الزوج على نقل البضع من نفسِه ، ولا هو واطئٌ بملكِ اليمين ، ولذلك لا يجوز له تزويجُها مِنْ معيبٍ بالعيوب الخمسة[3] . فإن فعل فلها الخيارُ ، ولا خيارَ للسَّيِّد إذا جهل ذلك ؛ لأنه مأخوذٌ من دفع ضِرار الاستمتاع . ولو باعها مِنْ معيبٍ ، فليس لها الخيارُ .

فإنْ قلنا : إنه بالولاية ، فلا يُزَوِّجُ الفاسقُ أَمَتَه وعَبْدَه إن قلنا : لا يلي الفاسق .

ولا يزوج المسلمُ رقيقَه الكافرَ ، أَمَةً كانتْ أو عبْدًا . ولا الكافرُ يُجْبر رقيقه المسلمَ ، لكن يُرَضَّى ؛ فيسقط حقّه ، وينكح العبدُ بنفسِه .

فروع ثلاثة

الأول : الوليّ ، هل يزوِّجُ رقيقَ طفلِه ؟ فيه ثلاثة أوجه[4] :

أحدها: نَعم ؛ لأنّه من مصالح المال .

والثاني : لا ؛ لأن مصلحةَ المالِ لا تقتضي النّكاحَ .

والثالث : أنه يزوج الأمةَ لحظ المؤنَةِ[5] دونَ العبدِ[6] .

الثاني : أمةُ المرأةِ يزوِّجها وليُّها برضاها ، وقال صاحبُ « التلخيص » : يزوجها السلطانُ برضاها ؛ إذ وليُّها ليس مالكها ، [7]ولا ولاءَ لها[7] . وهذا له وجهٌ على قولنا : إنَّ تزويجَ الرقيقِ

---

(1) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٧ / ١٠٥) .
(2) كلمة : « له » ليست في (أ) .
(3) في (أ) : « الخمس » . وهو جائز أيضًا .
(4) والصحيح أنه لا يزوجه . انظر الروضة (٧ / ١٠٥) .
(5) في (أ) : « الأمة » .
(6) في الأصل : « دون الأمة » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .
(7) في (أ) : « ولا ولاية لها » . وفي (ب) : « ولا وليّ لها » .

بالملك لا بالولاية . ثم لا يجبر الوليُّ أَمَةَ [1] البكرِ البالغة . وإنْ أجبرها ، فلا يُكتفى بسكوتها في أَمَتِها وإن اكتُفِيَ بذلك في نفسِها .

الثالث : قال ابن الحداد : « المعتقَة في المرضِ ، لا يزوجها قريبها ؛ لأنه رُبَّما ينقص المال [2] ، ويموت المريضُ ، وتعود رقيقةً » . فمنَ الأصحاب من خالفَه وقال : « ينبني التصرُّفُ على الحال [3] ، كما لو وهبَ المريضُ ، جاز للمتهب وَطْؤُها مع هذا الاحتمال » . لكن قياسُ ابنِ الحداد يقتضي المنعَ في هذا أيضًا ، ويحسُنُ هذا الاحتياطُ للبضع ، إذا كان المرضُ مخطرًا ، أو لا مالَ له سواه [4] إذ يظهر هذا الاحتمال .

* * *

---

(١) في (ب) : « أمته » وهو خطأ ، والصواب ما في الأصل ونسخة (أ) .

(٢) يعني ينقص المال الموروث ، وذلك بأن تكون قيمة الجارية أكثر من الثلث المسموح له بالتبرع به ، أو الوصية به .

(٣) يعني يصح نكاحها ؛ لأنها عُتقت ، فالظاهر أنها حرة ، ولا يتوقف على انتظار موت السيد أو احتمال نقصان المال » .

وفي (ب) : « ينبني التصرف على المال » .

(٤) في (ب) : « سواها » .

القسم الثالث من الكتاب

في الموانع للنكاح ، في الناكح والمنكوحة

وهي أربعة أجناس :

الأول : ما يُوجب المحرميَّة / .

١٦٤/ب

والثاني : ما يتعلّق بعدد ، ولا يُوجب حرمةً مؤبدة .

والثالث : الرِّقُّ والمِلْك .

والرابع : الكفر .

الجنس الأول

المحرمية [١]

وذلك يحصُل بنسب ، أو رضاع ، أو مُصاهرة .

المانع الأول : النسب . ويحرم جميعُ الأقاربِ إلا أولادَ الأعمام والعماتِ ، والأخوالِ والخالاتِ . وأصنافُ المحرمات سبعةٌ [٢] ذكَرهن الله تعالى في قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ .... ﴾ الآية [٣] .

أما الأمُّ : فهي كلُّ أنثى انتهيتَ إليها بالولادة ، بواسطة أو غير واسطة - كانت الواسطةُ ذكرًا أو أنثى - واندرجت تحته الجدات .

وأما البنت : فهي كل أنثى تنتهي إليك بالولادة ؛ بواسطة وغير واسطة كما سبق [٤] ، واندرج فيه الأحفاد .

---

(١) المقصودُ بالمحرمية : جوازُ الخلوةِ به ، والمسافرةُ معه ، والنظرُ إليه ، وذلك أنه قد يحرم على الرجل نكاحُ امرأة أبدًا ، ومع هذا لا تثبت له المحرميةُ ، وذلك كالملاعَنة ، فإنها تَحْرم على الملاعِن أبدًا ، ولا يجوز له الخلوةُ بها ولا المسافرةُ معها .وأما أمُّ الموطوءة بشبهةٍ وابنتُها ، فتحرمان أبدًا على الواطىء ، وفي ثبوت المحرمية خلافٌ عند الشافعية ، قال ابن الصلاح : « والصحيح - وهو النصّ - أنه لا يُوجبها ، مع إجماعهم على أنه يوجب الحرمة المؤبدة » . قلت : والمقصودُ التنبيه عليه هنا ، هو أنه لا يَلزم من ثبوت الحرمةِ المحرميةُ . انظر شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٦/ ب) . روضة الطالبين (٧/ ١١٣) . مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٣/ ١٧٥) .

(٢) « يعني المحرمات بالنسب ، وإلا فالجميعُ أربع عشرة بواسطة الجدات . وذلك غير واسطة أمه التي ولدته » . من شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٦ / ب) .

(٣) من الآية (٢٣) من سورة (النساء) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (كما سبق) أي : سواء كانت الواسطة ذكرًا - كبنت الابن - أو أنثى - كابن البنت - واعلم أنه ليس كل من ذُكر ، هي أمّ أو بنت حقيقةً ؛ فإن الصحيح : أن الأم والبنت حقيقةً ، عبارةٌ عمن يُدْلي بغير واسطة لا غير ، وإنما سُمّي من عداهما أُمًّا وبنتا ، مجازًا ، وإنما أراد المصنف ذِكْرَ كل من تُسمَّى أُمًّا وبنتًا ، حقيقةً كان أو مجازًا ؛ لشمول التحريم للجميع » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٦ / ب) .

وأما الأخت : [(١)فهي كل أنثى (١)] ولدها أبوك وأمك [(٢)] ، أو أحدُهما [(٣)] . وبناتُ الأخ [(٤)] وبناتُ الأخت : كبناتِك منك [(٥)] .

والعمة : كل امرأة وَلَدها أجدادُك أو جداتك من قِبَلِ الأب ، ولا يحرم أولادها .

والخالة : كل امرأة ولدها أجدادك أو جداتك من قِبَلِ الأم [(٦)] .

واللفظ الجامع : أنه يحرم على الرجل أصولُه وفصولُه ، وفصولُ أولِ أصوله ، وأولُ فصلٍ من كل أصل [(٧)] بعده أصل [(٧)] .

---

(١) في (أ) : « فكل أنثى » .

(٢) في (ب) : « أو أمك » وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « ولدها أبواك أو أحدُهما » .

(٤) سقط من (أ) قولُه : « وبنات الأخت » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (كبناتك منك) أي : سواء انتهى نسبهن إلى الأخ والأخت ، بواسطة أو غير واسطة ، ذكرًا أو أنثى » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٦ / ب) .

(٦) قال ابن الصلاح (رحمه الله) : « قوله : (والعمة كل أنثى ولدها أجدادك ... والخالة كل أنثى ... الخ) فإن قلت : يلزم على هذا ، أن تكون الجداتُ عماتٍ وخالاتٍ ؛ لأنهن إناثٌ ولدَها أجدادُك أو جداتك ؟ قلتُ : لا يلزم ؛ لأن المفهوم من ذلك أنها التي ولدها أجدادك أو جداتك ، مع أنها ليست في نفسها جدة » . المشكل (ق ٨٧ / ب) .

(٧) في الأصل (بعده له أصل) . وانظر تعليق ابن الصلاح الآتي :

قال ابن الصلاح : « قوله : (واللفظ الجامع ...) إلخ هذا قاله الأستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني (رحمه الله) . و (أصوله) : أمهاته وإن عَلَوْن . و (فصوله) : بناته وإن سفلن . (وفصول أول أصوله) الأخوات وبناتهن مع بنات الإخوة . (وأول فصل من كل أصل بعده أصل) : أي : العمات والخالات ، وإنما قال : « أول فصل » ؛ لئلا تندرج أولادهن .

قال : وقوله : (بعده أصل) وقع في « الوسيط » و « الخلاصة » ، ولم يقل ذلك في « البسيط » و « الوجيز » بل قال : (وأول فصل من كل أصل وإن علا) واقتصر بعضُ المصنفين على أن قال : « من كل أصل بعده » أي : بعد أول أصوله الذي سبق ذكره ، وهذا أوضح وأوجز . نعود إلى المذكور في الكتاب ، وهو أغمضها فنقول : « كل أصل بعده أصل » عبارةٌ عن الجد وإن علا ، والجدة وإن علتْ ؛ لأنهما أصلان ، ويقع بعدهما الأبوان وهما أصلان ، وكذا كل واحد من فوقهما من الأجداد والجدات يقع بعده أصل ، وإنما الأصل الذي لا يقع بعده أصل ، هو الأب =

فرع : إذا وَلَدتْ من الزنا ، لم يحلَّ لها [1] نكاحُ ولدها . والمخلوقةُ من ماء الزنا [2] لا يحرم نكاحُها على الزاني ؛ لأنها تنفصل عن الأم ، وهي إنسانٌ وبعضٌ منها ، وتنفصل عن الفحل وهو [3] نطفة ، فَعِلَّة تحريمه [4] النسبُ الشرعي وقد انتفى ، ولو كان بعضًا حقيقيًّا منه ؛ لما انعقد [5] ولدُ الحرّ رقيقًا في منكوحة رقيقة ، كما لا تَلِدُ الحرةُ رقيقًا من زوج رقيق [6] .

أما المنفيَّة باللعان ، فهل تحرم على النَّافي ؟ فيه وجهان . وجهُ التحريم : أنها عرضةُ اللحوقِ بسبب الفراش إن كذَّب [7] نفسَه [8] .

= والأم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٧ / ب وما بعدها) .

(١) كلمة : « لها » ساقطة من (ب) .

(٢) في (أ) : « الزاني » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وهي » .

(٤) في (أ) : « تحريمها » .

(٥) كلمة : « انعقد » ساقطة من (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « ما ذكره في المخلوقة من ماء الزاني ، تحريرُه : إن ثبتت البنتُ ولدًا له ، فلا تحرم ؛ لأنها ليست ولدًا له ، لا شرعًا ولا حقيقةً . أما شرعًا ، فلا يبقى النسبُ إجماعًا ، وأما حقيقةً فلوجهين :

(أحدهما): أن المنفصل منه ليس إلا النطفة ، وليست ولدًا ، فلا يكون والدًا لها ، ولا هي ولدًا له .

(الثاني) : أن الذكر لو كان والدًا حقيقةً ، لما انعقد ولدُ الحر رقيقًا أصلًا ، كما لا ينعقد ولدُ المرأة الحرة رقيقا ؛ فثبت أن الولد ليس ولدًا للذكر أصلًا ، وإنما جُعل له ولدًا - شرعًا ، إذا وُلِدَ على فراشه ، ولا فراشَ للزاني » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٨ / أ) .

(٧) في (أ) : « أكذب » .

(٨) قال ابن الصلاح : « في المنفية باللعان وجهان . وَجْهُ التحريم ما ذُكِرَ . ووجه الجواز : أنه انتفى نسبه ، وثبت بلعانه كونُه من الزنا » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٨ / ب) .

قلت : إن كانت الملاعنَة مدخولًا بها ، حَرُمت عليه المنفيةُ وجهًا واحدًا ؛ لكونها ربيبة . وإن لم تكن مدخولا بها ، فالأصحّ أنها تحرم عليه أيضًا . انظر : الروضة (٧ / ١٠٩) . الغاية القصوى (٢ / ٧٣٣) . تكملة المجموع للشيخ المطيعي (١٧ / ٣٢٨) .

المانع الثاني :الرضاع . قال رسول الله ﷺ : « يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَب [(١)] » ؛ فتحرم منه الأمُّ ، والبنت ، والأخ ، والأخت ، وبناتهما ، والعمة ، والخالة [(٢)] .

وأمك [(٣)] : كل امرأة أرضعتْك ، أو أرضعتْ مَنْ أرضعتك ، أو أرضعتْ مَنْ يرجع نسبُك إليه من جهة أبيك أو أمك ، وكذلك كل امرأة يرجع نسب المرضعة إليها .

وكلُّ امرأة يرجع نسبها إلى هذه المرضعة من قبل أبيها أو أمها : فهي أختك [(٤)]. وكذلك كل

---

(١) الحديث رواه البخاري (٩ / ٤٣) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢٠) باب (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » حديث (٥٠٩٩) . ورواه مسلم (٢ / ١٠٦٨) (١٧) كتاب « الرضاع » (١) باب « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » حديث (١٤٤٤) كلاهما بلفظ : « إن الرضاعة تُحرم ما تحرم الولادة » . ورواه النسائي (٦ / ٩٩) بلفظ المصنف . ورووه جميعًا من طرق عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عَمْرَة عن عائشة مرفوعًا . ورواه أبو داود (٢ / ٥٤٥) حديث (٢٠٥٥) والترمذي (٣ / ٤٥٣) حديث (١١٤٧) والنسائي (٦/ ٩٨) من طرق عن مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة عن عائشة مرفوعًا . ورواه ابن ماجه (١ / ٦٢٣) حديث (١٩٣٨) بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا .

(٢) قال ابن الصلاح : « ليس يحرم من النسب إلا السبع اللاتي ذكرها عقيب الخبر ، وهن أيضًا محرماتٌ من الرضاع . وأما من استثنى منه الأربع اللاتي هنّ أخت ولدك ، وأم أخيك ، وأم نافلتك [أي ولد ولدك] ، وزعم أنهن يحرمن بالنسب ولا يحرمن بالرضاع : فقد أتى بما لا حاجة إليه ؛ لأنهن حَرُمْنَ بسبب المصاهرة أو النسب ، ولولاها لما حَرُمن » . ثم قال ابن الصلاح : « فإن قلتَ : أَدْرجَ الأخ بين السبع ، ولا وجهَ له ؛ لأن الخطاب مع الذكر ؛ ألا تراه يقول : (وأمك) . ثم ذكرُ الإناثِ السبع يدل عليه ؛ لأنهن إنما يحرمن على الأنثى بالأنوثة لا بالرضاع . وإذا كان ذلك كذلك ، فالأخُ كسائر الذكور ، سببُ تحريمه الذكورة ، لا ما ذَكَر . وإن ذكر ، فلْيذكر سائر الذكورة !! قلت : هذا كلام واقع ، ولعله إنما ذكره لا مقصودًا ، بل لتحصيلِ غرض ، والله أعلم » . المشكل (ق ٨٩ /أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قال : (وأمك ...) الخ ، يُعْوِزُه « أو أرضعت من أرضعتك ، وهو الفحل » . مشكل الوسيط (جـ ٢ق ٨٩/أ) . قلت : وهذا : ثابت في الأصل في النسخ الثلاث التي لدّي ، فلعل ابن الصلاح اطلع على نسخة أخرى ليس فيها ما أشار إليه ، والله أعلم .

(٤) قال ابن الصلاح : قوله : (وكل امرأة يرجع نسبها إلى هذه المرضعة من قبل أبيها أو أمها ، فهي أختك) اعلمْ أن هذه اللفظة في « البسيط » أيضًا ، وهو قبيح . والاحتيالُ لتصحيحه أن نقول : جمع بهذا بين الأخت وبناتها ، وبناتِ الأخت ، وسمى الجميع باسم الأخت كما سُمّيت بنتُ الابنِ والبنتِ بنتًا » . المشكل (ق ٨٩ / ب) .

قال الحموي : « قوله : (وأمك : كل امرأة أرضعتك أو أرضعتْ من أرضعتك ، أو أرضعت مَنْ يرجع نسبُك إليه من جهة أبيك أو أمك ، وكذلك كل مرضعة يرجع نسبُ المرضعة إليها ، وكل امرأة يرجع نسبها إلى هذه المرضعة =

امرأة أرضعتها أمك بلبان أبيك ، فهي أختك من الأبِ والأم [1] . (٢ وإن أرضعتْها أمُّك بلبان غير أبيك ،فهي أختك من الأم . وإن أرضعتها أجنبيةٌ بلبان أبيك ، فهي أختك من الأب ٢) . و كذلك قياس العمات ، وسيأتي في كتاب الرضاع شرحُه .

فرع : لو اختلطتْ أختُه من الرضاع بأهل بلد أو قرية ، لا ينحصرون في العادة ، فله أن يَنكح من شاء [3] ؛ كما لو غُصِبَ شاةٌ في بلدة ، (٤ فلا يَحْرُم عليه ٤) اللحمُ [5] .

= من قِبَل أبيها أو من قبل أمها ، فهي أختك) .

قلت : ما ذكره الشيخ يَرِدُ عليه إشكالٌ ؛ فإنه قال : فهي أختك ، ولو قال : فهي أمك ، لكان صحيحًا ، وإلا كيف يكون مَنْ يرجع نسبُ المرضعة إليه من قِبَلِ أبيها أختًا للمرتضع والنسخُ كلُّها متفقةٌ ؟!

قلت : الظاهر أنه غَلَطٌ من الناقل أو الكاتب ، ويحتمل عندي أن يقال : كل امرأة يرجع نسبُها إلى المرتضع فهي أخت المرتضع ؛ وذلك أن المرأة المرتضعة من المرضعة إذا أرضعت صغيرًا ، كانت المرتضعة أخته ، سواء كانت من جانب الأم أو الأب . ويجوز هنا أن يقول : فهي أمك ؛ نظرًا إلى كونها أمَّ المرضعة ، وهكذا فيما تقدم » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٨ / أ ، ١٣٨ / ب) .

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (وكذلك كل امرأة أرضعتها أمك ... فهي أختك) أي : كما أن بنت النسب من أم الرضاع أختك من الرضاع ، فكذلك بنت الرضاع من أم النسب أختك من الرضاع . ثم تنقسم إلى أختٍ لأبوين ، وأختٍ لأب ، أو أم ، كما ذكر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٨٩ / ب) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فله أن ينكح من شاء) لأنه لو لم يَجُزْ ، لانسدَّ عليه بابُ النكاح في هذا البلد ، وهو حرج ، ثم يبعد الوقوع في المُحرَّمة مع أنها واحدة في هذا الجمع العظيم » . المشكل (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٤) في (أ) : « فلا يحرم عليهم اللحم » .

(٥) قال الحموي : « قوله : (ولو اختلطتْ أختُه من الرضاع بأهل بلد أو قرية لا ينحصرون في العادة ، فله أن يَنْكح ما شاء ، كما لو غُصِبت شاةٌ في بلد ، فإنه لا يحرم عليه اللحم) .

فإن قيل : لا فائدة في تخصيص الأخت من الرضاع ؛ فإن كل مَنْ يَحْرُم عليه نكاحُها كان في معنى الأخت من الرضاع ، وقياسُه على الشاة لا يصحُّ ؛ فإن مَنْ غَصَبَ شاةً وله شاةٌ مملوكةٌ ولم يَعْلم عَيْنَها ، فإنه يجوز [أكلُ] الغاصب من الشاة ، ولا يجوز في النكاح مثلُه بالاتفاق .

قال المؤلفُ : أما ذكر الأخت ضربُ مثالٍ ، وخصَّصَها بالرضاع ، لأنّ الالتباسَ يقع فيها كثيرًا وأكثر من النسب . وما ذكر من الفرق لا يَقْدح في القياس ؛ فإنه ما من قياسٍ إلا ويقع بينهما فرقٌ كما لا يَخْفَى » . مشكلات الوسيط للحموي (ق ١٣٨ / ب ، ١٣٩ / أ) .

ولو اختلطت بعشر أو عشرين ، أو عدد محصور على الجملة [1] ، فيلزمه اجتنابُ الكلّ ؛ لأن يقين التحريم عَارَضَ يقينَ الحِلِّ في عدد [2] . وقيل : يجوز الهجوم ، وهو بعيد [3] .

المانع الثالث : المصاهرة . والمحرماتُ بالمصاهرة أربع :

أمُّ الزوجة ، وجداتُها من الرضاع والنسب .

وبنتها ، وحفدتها من الرضاع والنسب .

وزوجة الابنِ والحفدةِ [4] .

وزوجة الأب والجد .

ويحرم الجميع بمجرد النكاح إلا بنتَ الزوجة ، فلا تحرم إلا بالدخول [5] ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [6] .

والوطءُ الحلال [7] بملك اليمين ، والوطءُ بالشبهة : يُحَرِّم الأربعَ كالوطء في النكاح

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (أو عدد محصور على الجملة) أي : لا يخلو من الحصر في حالة ما ، وإن كان قد يغفل عن حصره في بعض الأحوال ، فأصلُ الحصر فيه موجودٌ بخلاف القسم الأول ، فإنه لا وجود لحصره أصلًا وإن كان ممكنًا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله : (في عدد) أي : محصور » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وقيل : يجوز الهجوم) ؛ لأن الحل كان ثابتا قبل الاختلاط فيبقى ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وزوجة الابن والحفدة) أي : من الرضاع والنسب » . (جـ٢ ق ٩٠ / أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلا تحرم إلا بالدخول) أي : الحرمة المؤبدة ، وإلا فتحريم الجميع حاصلٌ بالعقد . وإنما حرمت أمُّ الزوجة وحليلةُ الأب والابنِ بالعقد دون الربيبة ؛ لأن الحاجة إلى الخلوة آكدُ ؛ لقيام الأم بمصالح زوجته ، ولقيامه هو بمصالح الحرمة ، فجعلت الحرمة بالعقد لذلك ، ولا كذلك في الربيبة ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠ / ب) .

(٦) من الآية (٢٣) من سورة (النساء) . وقال ابن الصلاح : « قوله تعالى : ﴿ في حُجُورِكُم ﴾ لا يُفْهم منه ، أنها تَحِلُّ إذا لم تكُنْ في حجره ؛ لأن التخصيص بذلك إنما كان ؛ لأنه الغالبُ في الربائب والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٩٠/ ب) .قلت : يقصد (رحمه الله) أنه لا يؤخذ هنا بمفهوم المخالفة ، وإن كان يُحْتجُ به في مواضع أخرى .

(٧) في (أ) : « وبالوطء » .

[بخلاف الزنا ، فإنه لا يُحرِّم ، خلافًا لأبي حنيفة] (1) ؛ إذ الشبهةُ كالحقيقة في جلب المحرمات ، كالعدة ، والمهر ، والنسب ، وسقوط الحدّ ، لكن يرجع في وجوب المهر إلى الاشتباه عليها فقط ، ويُنْظَر في ثبوت النَّسب والعدة إلى الاشتباه عليه . وقيل في المصاهرة : إنه تكفي الشبهةُ من أحد الجانبين . وقيل : لابُدَّ من الاشتباه على الرجل ؛ لأنه قرينة (2) النسب في كتاب الله تعالى (3) . وقيل : لابد فيه (4) من الاشتباه عليهما (5) جميعًا .

---

(1) ما بين الحاصرتين زيادة من (ب) .

أقوال الأئمة في تحريم المصاهرة بالزنا

مذهب الشافعية : أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة ؛ فمن زنى بامرأة لا يَحْرم عليه الزواجُ بأمها ، أو بابنتها . ولا تَحرم المزنيُّ بها على أصول الزاني وفروعه . وهو مذهب المالكية أيضًا ، وهو المشهور عن مالك . وفي « المدونة » عن مالك أنه يُحرم ، وهو مخالف لما في « الموطأ » وأصحابُه على ما في الموطأ ليس بينهم في ذلك خلافٌ . انظر : الروضة (١١٣/٧) . مغني المحتاج (١٧٨/٣) . تكملة المجموع (١٧ / ٣٢٦) . موطأ ، مالك (٢ / ٥٣٣ وما بعدها) . المدونة (٢ / ٢٠٢) . المنتقى للباجي (٣ / ٣٠٦) . الكافي في فقه أهل المدينة ص (٢٤٤) . القوانين الفقهية لابن جُزَيّ ص (٢١٢) . الشرح الكبير (٢ / ٢٥١) .

ومذهب الحنفية والحنابلة : أن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة ، وكذلك المسّ بشهوة والنظر إلى باطن الفرج . وألحق الحنابلةُ اللواطَ بالزنا ؛ فمن تلوّط بغلام ، حرم على اللائط أمُّ الملوط به وابنتُه ، ويحرم على الغلامِ أمُّ اللائطِ وابنتُه . انظر : مختصر الطحاوي ص (١٧٧) . الهداية (٢٠٩/١) . المقنع ص (٢١٠) . الروض المربع ص (٣٨٥) . بداية المجتهد (٤٠/٢) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الشافعي ص (٨٦) .

قلت : ومن أسباب الاختلاف في هذه المسألة ، الخلافُ في كلمة « النكاح » فمن قال : هي حقيقة في العقد ، مجازٌ في الوطء ، لم يقل بتحريم المصاهرة بسبب الزنا . ومن قال بأنها حقيقة في الوطء ، مجازٌ في العقد - أو مشتركة بين العقد والوطء - قال بتحريم المصاهرة ، والله تعالى أعلم .

(2) في (أ) : « قرين » .

(3) من قوله : « وقيل : لابد من ... إلى قوله : في كتاب الله تعالى » ساقط من (ب) .

(4) كلمة : « فيه » ساقطة من (ب) .

(5) في (ب) : « عليها » . وهو خطأ واضح .

=

والصحيح : أن مجرد الملامسة [1] لا يقوم مقامَ الوطء في تحريم المصاهرة – كانت بالشبهة أو في النكاح [2] – وفيه قولٌ آخر [3] : أنه يلتحق به . وقيل : يطّرد ذلك القولُ في النظر بالشبهة أيضًا .

* * *

= قال الحموي : « قوله : (المانع الثالث : المصاهرة : والمحرمات بالمصاهرة أربعة : بنت الزوجة وجداتها من الرضاع والنسب وحَفَدتها من الرضاع النسب ، وأم الزوجة ، وزوجة الابن ، والحفدة ، وزوجة الأب والجد . ويحرم الجميع بمجرد النكاح إلا بنت الزوجة ؛ فإنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ . والوطءُ الحلال بملك اليمين ، والوطءُ بالشبهة يُحَرِّم الأربع ، كالوطء في النكاح ، بخلاف الزنا فإنه لا يُحَرِّمُ ؛ خلافًا لأبي حنيفة ؛ إذ الشبهة كالحقيقة في جلب المحرمات ، كالعدة والمهر والنسب وسقوط الحد ، لكن يرجع في جوب المهر إلى الاشتباه عليها فقط ، وينظر في ثبوت النسب والعدة إلى الاشتباه على الرجل . وقيل : في المصاهرة يكفي الشبهةُ من أحد الجانبين وقيل : لا بد من الاشتباه على الرجل ؛ لأنه قرينة النسب في كتاب اللّه تبارك وتعالى وقيل : لابد من الاشتباه عليهما) .

قتل : وذكر الشيخ (رحمه اللّه) أن الشبهة كالحقيقة في جَلْب المحرمات ، كالعِدَّة والمهر والنسب وسقوط الحد . ومعلومٌ أن هذه جلبُ حُرْمَة لا تحريم في الجميع كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يقال : إنها تَحْرُم على الغير قَبْلَ نقضاء العدة ، ويحرم عليه أن يمنعها من المهر المسمى . وأما النسب : فيحرم عليها النكاح وسقوط الحد يحرم الأمهات ، ويلزم من هذا كله جلبُ المحرمات التي دل عليها المحرمات ، فعلى هذا التقدير لا فرق بينهما لكن الأولى « المحرمات » على ما ذكره في البسيط وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٣٩ / أ ، ١٣٩ / ب) .

(١) أي الملامسة بالشهوة فأما المسّ بغير شهوة ، فلا أثر له على المذهب . انظر الروضة (١١٣/٧) .

(٢) وهو الأظهر عند إمام الحرمين والنووي والبيضاوي . انظر الروضة (١١٣/٧) . المنهاج (٩٨) . الغاية (٢/ ٣٤) .

(٣) كلمة : « آخر » ساقطة من (ب) .

الجنس الثاني

ما يتعلق بتعبّدٍ عددي ولا تتأبّد [1] به الحرمة

وهي ثلاث :

المانع الأول

[2]نكاحُ الأختِ في عدة الأخت [2]

قال الله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾[3] فقيل : أراد ما سلف قبل التحريم فلا يرد ، وقيل : ما سلف في الجاهلية .

ثم ألحق به رسول الله ﷺ جميعَ [4] المحارم ، فقال : « لا تُنْكَح المرأةُ على عمتها ، ولا على خالتها » [5] . والضابطُ : أن كل شخصين بينهما قرابةٌ ، أو رضاعٌ ، لو كان أحدهما ذكرًا ، والأخرى أُنثى حَرُمَ النكاحُ بينهما : فلا يجوز الجمعُ بينهما .

---

(١) في الأصل : « فلا تتأبد » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « نكاح الأخت على الأخت » .

(٣) من الآية (٢٣) من سورة (النساء) . وقال الإمام الشافعي (رحمه الله) في تفسير هذه الآية : « كان أكبرُ ولدِ الرجل يَخْلُف على امرأة أبيه ، وكان الرجل يجمع بين الأختين ، فنهى الله (عز وجل) عن أن يكون منهم أحدٌ يجمع في عمره بين أختين ، أو يَنْكح ما نكح أبوه ، إلا ما قد سلف في الجاهلية قَبْل علمهم بتحريمه ، ليس أنه أَقَرَّ في أيديهم ما كانوا قد جمعوا بينه قبل الإسلام ، كما أقرّهم على نكاح الجاهلية » . أحكام القرآن للشافعي (١ / ١٨٢) .

(٤) كلمة : « جميع » غير واضحة في الأصل ، وواضحة في (أ) ، (ب) .

(٥) ورد هذا الحديث عن بعض الصحابة ، وبألفاظ عِدة ومنها : ما رواه البخاري (٩ / ٦٤) (٦٧) كتاب « النكاح » (٢٧) باب « لا تنكح المرأة على عمتها » حديث (٥١٠٨) بإسناده عن جابر مرفوعًا . ورواه برقم (٥١٠٩) عن أبي هريرة بلفظ « لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » . ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٢٨) (١٦) كتاب « النكاح » (٤) باب « تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح » حديث (١٤٠٨) .

ورواه أبو داود في سننه (٣/٥٥٣) حديث (٢٠٦٥) ، (٢٠٦٦) ، والترمذي (٣/٤٣٢) حديث (١١٢٥) عن ابن عباس . ورواه النسائي (٦/٩٧) عن أبي هريرة وجابر ، ورواه ابن ماجه (١ / ٦٢١) حديث (٩٣٠) عن أبي سعيد الخدري . ورواه مالكٌ في موطئه (٢ / ٥٣٢) بإسناده عن ابن عمر مرفوعًا .

واحترزنا بالقرابة والرضاع ، عن الجمع بين المرأة وأُمّ زوجها ، أو ابنة زوجها ؛ فإنّ ذلك جائزٌ ، وإن كان النكاح يَحْرم بينهما لو كان أحدهما ذكرًا .

ثم ألحق [1] الفقهاءُ ملكَ اليمين بالنكاح حتى قالوا : لو اشترى أمةً ووطئها : حرمت عليه أختُها وخالتها وعمتها . فإنْ مَلَكَ الجميعَ - فما لم يُحَرّم الموطوءةَ على نفسه ببيع ، أو عتق ، أو تزويج ، أو كتابةٍ [2] - : فلا يحِلّ [3] له وطءُ الباقيات ، ولا تقوم العوارضُ المحرِّمة مقامَ البيع ، كالحيض ، والعدة / بالشبهة ، والردة ، والإحرام . وفي الرهن والبيع بشرط الخيار خلافٌ . ١٦٥/أ

وتحلُّ الأختُ بالطلاقِ البائن ، ولا تحلُّ [بالطلاق] [4] الرجعي ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا تحل أيضًا بالبائن ، وكذا الخلافُ في نكاح الخامسة [5] .

فرع : لو وطَىء أمةً ، ثم نكح أختها الحرة : صحَّ النكاح وحرمت الأَمةُ . وليس كما لو

---

(١) كلمة : « ألحق » غير واضحة في الأصل . وواضحة في (أ) ، (ب) .

(٢) الكتابة لغة : الضم والجمع ، وفي الشرع : جمع حرية العبد مآلًا ، مع حرية اليد حالًا . ومنه « المكاتب » أي العبد الذي يكاتِب سيدَه على نفسه في مقابل مال معين ، فإن أداه عتق . ويطلق عليه المكاتب ، بفتح التاء وكسرها . انظر : طلبة الطلبة ص (١٣٥) . المصباح المنير (٢/٨٠٧) . القاموس المحيط ص (٨١٤) مادة (ك ت ب). أنيس الفقهاء ص (١٧٠) . معجم الفقهاء ص (٣٧٧) .

(٣) في الأصل : « لا يحل » وهو جواب شرط « إنْ » والصواب دخول الفاء هنا .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز للرجل أن يتزوج أخت مُطَلَّقَته - إذا كان الطلاق بائنا - ولو لم تَنْتَهِ عدةُ أختها ، وكذلك يجوز لمن طلّق واحدة من زوجاته الأربع طلاقًا بائنًا : أن يتزوج بأخرى ولو لم تَنْتَهِ عدة المطلقة ، وهو مذهب المالكية . انظر : مختصر المزني ص (١٦٧) . منهاج الطالبين ص (٩٨) . الروضة (٧/١٢١) تكملة المجموع (١٧/٣٣٣) . شرح منهج الطلاب (٣/٢٦٧) . المدونة (٢/٢٠٤) . القوانين الفقهية ص (٢١٤) . الشرح الكبير (٢/٢٥٥) . جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (١/٢٩٠) .

مذهب الحنفية : أنه لا يجوز نكاحُ الأخت - أي أخت المطلقة - في عدة أختها ، لا في الطلاق الرجعيّ ولا البائن . وكذلك لا يجوز نكاح الخامسة في عدة الرابعة من طلاق رجعي أو بائن ، وهو مذهب الحنابلة . انظر : مختصر الطحاوي ص (١٧٦) . المبسوط (٤/٢٠٢) . بدائع الصنائع (٢/٢٦٣، ٢٤٦) . الهداية (١/١٩٣) . الاختيار لتعليل المختار =

نكحها ، ثم نكح عليها أختها ؛ فإن الطاريء لا يصح ؛ لأن ملك اليمين ضعيفٌ في مقصود الوطء ، فلا يدفع النكاحَ المقصود ، بل يُدْفع [1] به حِلُّه [2] .

ولو اشترى الرجلُ منكوحته ، صَحَّ الشراءُ وانفسخ النكاحُ ؛ لأن ملك اليمين أقوى في نفسه [3] .

* * *

= (٣/٨٦) . تبيين الحقائق (٢/١٠٨) . المقنع لابن قدامة ص (٢١١) . العدة في شرح العمدة ص (٢٧٥) . المغني لابن قدامة (٦/٥٤٣ ، ٥٤٤) .

(١) في (أ) ، (ب) : « يندفع » .

(٢) في (ب) : « حكمه » .

(٣) قوله : « في نفسه » ساقط من (ب) .

المانع الثاني

الزيادةُ على الأربع ممتنعٌ على الحرّ . والثالثةُ في حقِّ العبد كالخامسة في حقّ الحرّ ؛ فلا يزيد العبدُ على اثنتين . وقال مالك : يَنكح العبدُ أربعةً [1] .

فرع : لو نكح خمسًا في عقد ، فالعقدُ باطل فيهنَّ . ولو كان فيهن أختان بطل فيهما ، وفي الباقيات قَوْلَا تفريقِ الصَّفقَة [2] ، وكذا لو جمع بين مُعْتَدَّة وخَلِيَّةٍ من العدَّة ، ففي الخليّة القولان .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز للعبد أن يجمع أكثر من اثنتين . وهو مذهب الحنفية والحنابلة .

انظر : الأم (٥/٤١) . معرفة السنن والآثار (١٠/٩٤) . مختصر المزني ص (١٦٨) . روضة الطالبين (٧/١٢١) . حلية العلماء (٦ / ٣٩٧) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٢٠٨) . مختصر الطحاوي ص (١٦٧) . المقنع ص (٢١١) . الإفصاح عن معاني الصحاح (٢ / ١٢٤) .

مذهب مالك : أنه يجوز للعبد أن يجمع أربعًا كالحرّ تمامًا . وعنه روايةٌ توافق الجمهورَ : أن العبد لا يزيد على اثنتين . رواها ابنُ وهب . انظر : المدونة (٢ / ١٦١) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٤٥) . المنتقى شرح الموطأ (٣ / ٣٢٦) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٢ / ٩٢) .

(٢) الصفقة : هي عقد البيع ؛ لأنه كان عادتهم أن يضرب كلٌّ واحد من المتعاقدين يدَه على يد صاحبه عند تمام العقد .

وتفريقُ الصفقة معناه : تفريقُ البيع ، وذلك يكون إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعُه ، وبين ما لا يجوز بيعه ، كمن باع حرًّا وعبدًا في صفقة واحدة ، أو باع خمرًا ولبنًا في صفقة واحدة . ففي هذا البيع – عند الشافعية – قولان :

القول الأول : تفريقُ الصفقة . أي : يبطل البيع فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ؛ لأنه ليس إبطالُه فيهما – لبطلانه في أحدهما – بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما ؛ فبطل حملُ أحدِهما على الآخر ، وبَقِيا على حكمهما ، فصحّ فيما يجوز ، وبطل فيما لا يجوز . وهذا القول هو ما صححه جمهور الشافعية كما حكاه النووي في شرحه على المهذب (٩ / ٤٧١ – ٤٧٣) .

القول الثاني : أن الصفقة لا تُفَرّق ، فيبطل العقد فيهما . واختلف الشافعية في علة البطلان على قولين :

الأول : يبطل ؛ لأن العقد جمع حلالًا وحرامًا ، فغلب التحريم .

الثاني : يبطل ؛ لجهالة الثمن فيما جاز بيعُه .

قال الشيرازي : فإن قلنا : « إن العقد يبطل فيهما » ردّ المبيعَ واسترجع الثمن . وإن قلنا : « إنه يصح في أحدهما » فله الخيار بين فسخ البيع وإمضائه ؛ لأنه يلحقه ضررٌ بتفريق الصفقة ، فثبت له الخيار . انظر : المهذب مع المجموع (٩ / ٤٦٩) .

=

....

= قال الحموي : « قوله (رحمه الله) : (لو نكح خمسًا في عقد واحد فالعقد باطل ، ولو كان فيهما أختان بطل فيهما ، وفي الباقيات قولا تفريق الصفة) .

فإن قيل : لِمَ خص الشيخ (رحمه الله) الخمسة بالذكر ومعلومٌ أنه لو فرض ذلك في الثلاث والأربع لكان حكمها كحكم الخمس .

فإن قيل : أمكن أن يقال : في الخمس ثلاث فوائد :

إحداها : أنه لو لم يكن فيهن أختان وكنَّ خمسًا بطل النكاح وجهًا واحدًا وهي أولُ درجةِ البطلان دون السبب وما تحتها ، فعلى هذا اختصت الخمسة بهاتين الفائدتين ، وفائدة مشتركة في صورة لو كان في الخمس أختان بطل فيهما وفي الباقي قولا تفريق الصفقة وهو كذلك في الثلاث والأربع ، فإن قيل : فكيف يكون الأختان محسوبةً مع الخمس ولم يذكر الشيخ إلا خمسًا ولم يتعرض للسبع ، ولا في لفظه ما يدل عليها من حيث إن « في » : لا تستدعي المعية حقيقة بالاتفاق ؟ .

قلت : وإن كان كذلك إلا أن مرادنا الأختين إذا اجتمعتا مع الخمس كان فيهما ما ذكرنا من المعنى دون أن يكون في معنى .

ثم أقول : ولو فرضناها كذلك جاز أن تكون بمعنى المعية تجوُّزًا في اللغة ، والذي يدل على ذلك ورودُها في الكتاب العزيز بمعنى « مع » في قوله تبارك وتعالى : ﴿ وأدْخِلْني برحمتك في عبادك الصالحين ﴾ وكذلك قوله تبارك وتعالى : ﴿ فادْخُلِي في عبادي وادخلي جنتي ﴾ وكذلك قوله عز وجل ﴿ فخرج على قومه في زينته ﴾ أي مع زينته .

وإذا كان كذلك كان ما ذكرناه جائزَ الاحتمال دون ذلك مع الفقه أيضًا في قوله : أنت طالقٌ طلقةً في طلقتين ، أو قال في الإقرار : له عليَّ درهمٌ في درهمين ، فإنه إذا قال ذلك وأراد المعية لزمه الثلاثُ بالاتفاق ، وما كان كذلك إلا لكونه جائزَ الإرادة ، ولسنا نريد أن تجتمع الفوائدُ في الخمس دفعةً واحدة وإنما يقع ذلك على سبيل البدل كما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (ق ١٣٩ / ب - ١٤٠ / ب) .

المانع الثالث

استيفاء عدد الطلاق

فلا تحلُّ المطلقة ثلاثًا حتى تَنكح زوجًا غيرَه ، ويَطأ [1] في نكاح صحيح ، ثم يُطلّقها ، وتَنْقَضِي [2] عِدَّتُها . ولا يحصل [3] بالوطء في ملك اليمين . والمذهبُ : أنه لا يحصل [4] بالوطء في نكاح فاسد . ويحصل بوطء الصَّبِيّ ، ونزولِها على الزوج وهو نائمٌ ، وبالاستدخال من غير انتشار [5] . وفيه وجه بعيد . ويحصل بمجرد تَغْييب الحشَفة ، أو مقدار الحشفة من مقطوع الحشفة [ومنهم من قال : لابُدَّ من تغييب الجميع إذا زالت الحشفة] [6] .

ومن لطائف الحيل للفرارِ من الغيظ ، أن يَشتري عبدًا صغيرًا ، ويُزَوِّجَها منه ، ثم يَسْتدخل زُبَيْبَةَ الصغير – ولو مع حائل من ثوب – ثم يَبيع العبدَ منها حتى ينفسخ النكاحُ ، فيحصلُ التحليلُ ، إلا إذا قلنا : لا يجوز إجبار الصغير [7] .

فإن قيل : فما معنى قولِه (عليه السلام) : « لَعَن الله المحلِّلَ والمحلَّلَ له » ؟ [8] .

---

(١) يعني ويطؤها الزوج . وفي (أ) ، (ب) : « ويطؤها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وتقضي » . (٣) في (ب) : « ولا تحلّ » .

(٤) في (ب) : « لا تحلّ » .

(٥) والصحيح أنها لا تحلّ بذلك ، وبه قطع الجمهور . انظر الروضة (٧ / ١٢٤) . المنهاج ص (٩٨) . الغاية (٢ / ٧٣٥) .

(٦) ما بين الحاصرتين زيادة من (ب) .

(٧) قال الحموي : « قوله (رحمه الله تعالى) : (ومن لطائف الحيَلِ الفرارُ من الغيظ ، وهو أن يشتري صغيرًا فيزوجها منه ثم تستدخل زبيبه الصغيرَ ثم يبيع العبد منها ، حتى ينفسخ النكاحُ ويحصل التحليلُ ، إلا إذا قلنا : لا يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح) .

فإن قيل : قال الشيخ (رحمه الله) : (ومن لطائف الحيل ...) وقد قال النبي ﷺ : « لعن الله المحلِّلَ والمحلَّلَ له » وهذا التماسُ تحليلٍ لا بطريقه ؟.

قلت : أراد الشيخ (رحمه الله) أنه لا يتوقف نكاحُ المحلل على تطليق الزوج وإلا فذاك مكروه . هذا ، مع أن الخبر محمولٌ على شرط ذلك في العقد . وما ذكره ليس بشرط هذا الباب ؛ لكونه لم يشترطه في العقد » . مشكلات الوسيط (١٤٠ / ب ، ١٤١ / أ) .

(٨) حديث صحيح : وهو مرويّ عن عدة من الصحابة (رضي الله عنهم) ومن ذلك ما رواه أبو داود في سننه (٢ / ٥٦٢) =

قلنا : قيل : أراد به طالبَ الحِلّ من نكاح المتعة ، وهو المؤقت رسمًا [1] ، وسمّي محلّلا - وإن لم يُحَلل [2] [له] [3] - ؛ لأنه يعتقده ، ويطلب الحلَّ منه ، وأما طالبُ الحلّ من طريقه فلا يَسْتوجب اللعنَ . وقيل : إنما لُعِنَ مع حصول التحليل ؛ لأنّ التماسَ ذلك هتْكٌ للمروءة . والملتمِسُ هو المحلَّل له ، وإعارةُ النفسِ في الوطءِ لِعِرْض الغَيْرِ أيضًا رذيلةٌ ؛ فإنه إنما يطؤها لِيُعرضها لوطءِ الغير ، وهو [4] قلةُ حميَّةٍ ، ولذلك قال (عليه السلام) : « ذلك هو التّيْسُ المستعار » [5]....

= (٦) كتاب « النكاح » (١٦) باب في « التحليل » حديث (٢٠٧٦) عن علي مرفوعًا ، ورواه الترمذي (٤٢٨/٣) حديث (١١٢٠) عن ابن مسعود مرفوعًا وقال : حديث حسن صحيح ، ورواه النسائي (١٤٩/٦) عن ابن عباس ، ورواه ابن ماجه (٦٢٢/١) حديث (١٩٣٦) عن عقبة بن عامر ، وراه أحمد في مسنده عن أبي هريرة ، ورواه الدارقطني (٢٥١/٣) والحاكم في مستدركه (١٩٩/٢) وقال : حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه . ووافقه الذهبيُّ ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٧) وعبد الرزاق في مصنفه (٢٦٩/٦) وابن أبي شيبة في المصنف (٥٥٣/٣) .

والحديث حسَّنه عبدُ الحق الإشبيلي في أحكامه ، وصححه الزيلعيُّ ، وصححه ابنُ القطان وابنُ دقيق العيد على شرط البخاري . انظر نصب الراية (٢٣٩/٣ وما بعدها) ، التلخيص الحبير (١٩٤/٣) .

(١) قوله : « رسما » ساقط من (ب) .

(٢) في (أ) : « يحل » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « وهي » .

(٥) حديث حسن : رواه ابن ماجه (٦٢٢/١) (٩) كتاب « النكاح » (٣٣) باب « المحلل والمحلل له » برقم (١٩٣٦) والدارقطني في سننه (٢٥١/٣) والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٧) ، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٦٤٦/٢) جميعا من طرق عن الليث بن سعد قال : قال لي أبو مصعب مِشْرَح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟» قالوا : بلى ، يا رسول الله ، قال : « هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » . وقد أعلّ بعضُهم هذا الحديثَ بعلتين :

الأولى : عدم سماع الليث بن سعد من مشرح ، كما ذكر ذلك ابن أبي حاتم في علل الحديث (٤١١/١) . وهذه العلة مردودة ؛ بما ثبت في بعض طرق الحديث ، من تصريح الليث بالسماع من مشرح . انظر : نصب الراية (٢٣٩/٣) . التعليق المغني على الدارقطني (٢٥١/٣) .

الثانية : أن في إسناده مشرح بن هاعان ، وقد اختُلِفَ فيه ، فذكره ابن حبان في كتابه الثقات ، وذكره أيضًا في المجروحين (٢٨/٣)وقال : « يروي عن عقبة مناكير لا يُتابع عليها . والصوابُ في أمره تَرْكُ ما انفرد به من الروايات ، والاعتبارُ بما وافق الثقات » ا . هـ . وممن وثقه ابن معين والذهبي . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٤٥/٨) ، ميزان =

وإنما يكون [ذلك] [1] مستعارًا ، إذا سَبق منه [2] التماسّ من المطَّلق . ومن عرَّضَ - لوطء الغير - مَنْ هي منكوحتُه ، أو من كانت منكوحتَه ، أو ستكون [3] منكوحته - فهو مذمومٌ جدا ، فلا يبعد أن يُلعن . ولا يَقْتضي هذا اللعنُ بطلانَ العقد ؛ لأنه سماه مع ذلك محلِّلا ، إلا [أنه] [4] إذا شُرِط الطلاق في نفس العقد ، فإنه يفسد على وجهٍ كالتأقيت [5] ، ولا يفسد على وجه ؛ لأنه شرطٌ فاسد كما لو شرط أن لا يَتسرَّى عليها ، ولا يُسَافر بها ، وكسائر الشرائط المفسِدة للمهر .

وأما التأقيتُ ، فإنه وَضْعٌ للعقد قاصرًا [6] على مدة ، ولا يمكن الاقتصار ولا التَّسْرِية [7] .

أما إذا قال : بشرط أن لا تحلّ لك ، فينبغي أن يَفْسد ؛ لأنه يجعل اللفظَ متناقِضًا . ولو قال : « بشرط أنْ لا تطأها » ففيه وجهان [8] .

= الاعتدال للذهبي (١١٧/٤) . مصباح الزجاجة للبوصيري (٣٤٠/١) . وقد ذكر الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٣٩ وما بعدها) أن عبد الحق الإشبيلي قد حسَّن هذا الحديث في كتابه « الأحكام الكبرى » .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) كلمة « منه » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « وستكون » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) ورجحه الغزالي في الوجيز (١٢/٢) ، وضعَّفَ مقابله ، وكذا رجح النووي والرافعيّ البطلانَ على الأظهر كما في الروضة (١٢٦/٧) .

(٦) في (ب) : « قاصر » .

(٧) التسرية : اتخاذُ جاريةٍ للملك والجماع ، ومنه « السُّرِّيَّة » ووزنُها « فُعْلِيَّة » ، وأصل « التسَرِّي » : تسرَّر من « السرور » ، أبدلوا من إحدى الراءات ياءً ، كما قالوا : تقضَّى من « تقضَّض » و« تمطَّى » من « تمطَّط » . وقيل : أُخذت من « السِّرّ » وهو « الجماع » ، سُمّي « سرًّا » لأنه يُفْعل سرًّا ، أو أُخذت من « السِّرّ » وهو « الإخفاء » ؛ لأن الرجل كان السُّرِّية عادةً من زوجته ، ويسترها أيضًا من الابتذال . انظر : مختار الصحاح ص (٢٩٧) . تصحيح التنبيه للنووي ص (١٠٢) لسان العرب لابن منظور (١٩٨٩/٣) . مادة (س ر ر) . معجم لغة الفقهاء ص (١٣٠) .

(٨) والمذهب البطلان إذا شَرطت المرأةُ أن لا يطأها . والصحةُ إذا شرط الزوج أنْ لا يطأها ؛ لأنه حقه فله تركُه ، والتمكينُ عليها . انظر الروضة (١٢٧/٧) .

وهذه الشروط إذا لم تُقارِن العقدَ لا تضُرُّ ، وفيه وجه بعيد : أن المقدَّم [١] كالمقارِن ؛ أَخْذًا من مَهر السّرّ والعلانية [٢] كما سيأتي . وعلى هذا ، لا يصح التحليلُ بالالتماس ، إلا إذا زوَّج مطلقا ، ثم التمس الطلاقَ بعد العقد .

* * *

(١) من قوله : « ولو قال : بشرط ... إلى قوله : أن المقدم » ساقط من (ب) .

(٢) مهر السر والعلانية ، هو أن يتفق وليُّ المرأة مع الزوج على مهر معين فيما بينهما ، ثم أمام الناس - عند العقد - يزيدون في هذا المهر . انظر : حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد حسني (٥١ - ٥٧) .

الجنس الثالث من الموانع
الرّقُّ والمِلْك

أما الرقّ : فمانعٌ على الجملة عند الشافعي (رضي الله عنه) في بعض الأحوال ؛ فلا يجوز للحرِّ المسلم أن يَنكح الأَمَة إلا بخمسة [1] شرائط :

ثلاثةٌ فيه : وهو [2] فَقْدُ الحرة تحته ، وفَقْد طَوْلِ الحرة [3] ، وخَوْفُ العنت .

واثنان في الأمة : وهي أن تكون مسلمةً ، ومملوكةً لمسلمٍ .

الشرط الأول : ألا يكون تحته حرة . فإن كانت [4] تحته رَتْقَاءُ [5] ، أو هَرِمة [6] ، أو غائبة ، أو كتابية : لم يَجُزْ أيضًا نكاحُ الأَمَة [7] ، بل يجب عليه طلاقها ، بخلاف ما إذا وَجَد مالًا ، ولكنه

---

(١) في (أ) : « بخمس » ، وهو خطأ .　　(٢) في (أ) : « وهي » .

(٣) طَوْل الحرة : هو المقدرة على صداقها وكُلْفتها . انظر : المصباح المنير (٢ / ٥٨٢) مادة (ط و ل) .

(٤) في (ب) : « فإن كان » .

(٥) الرَّتْق : ضدّ الفَتْق . يقال : امرأةٌ رتْقاء بيِّنةُ الرَّتَق ، أي : لا يُستطاع جِماعُها ، أو لا خَرْقَ لها إلا المبال خاصة ، وقد يكون الرحم مُنسدًا بعظم ونحوه ، أو مُلْتحما بحيث لا يمكن جماعها .

انظر : تصحيح التنبيه ص(١٠٥) . المصباح المنير (١/٣٣٥) . القاموس المحيط ص(١١٤٣) . مادة (رت ق) . أنيس الفقهاء ص (١٥١) .

(٦) الهَرَم : كِبَرُ السّنّ ، ويقال للرجل : هَرِمٌ . وللمرأة : هَرِمة ، أي : كبيرة ضعيفة لا تحتمل الوقاع ، أو لا رغبة لها أصلًا في ذلك . انظر : مختار الصحاح ص (٦٩٤) . المصباح المنير (٢ / ٩٨٦) مادة (هـ ر م) .

(٧) في (أ) : « الكتابية » وهو خطأ .

قال الحموي : « قوله (رحمه الله تعالى) : ألا يكون تحته حرة ، فإن كان تحته حرةٌ هَرِمَةٌ أو غائبة أو كتابية ، لم يجز أيضًا نكاح الأمة) .

فإن قيل : كيف قال : « حرة » ولو قال : « منكوحة » لكان يقع على الحرة والأمة وهو أولى كما لا يخفى ؟.

قلت : إنما ذكر « حرة » لكونها أعمّ وقوعًا وكانت الأمة في معناها » . مشكلات الوسيط (ق ١٤١ /أ) .

غائب ، فإنه كالفاقد للطَّول .

الشرط الثاني : فَقْدُ طَوْلِ الحرّة . فمن ليس تحته حرة ، ولكنه قادر عليها : لم يَجُزْ له نكاحُ الأمة ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ... ﴾[1] الآية .

ويجوز للمفلس نكاحُ الأمة . وإن وَجَدَ حرةً تَرْضى بمهر مؤجل [جاز][2] لأنّ الأجل سيحلُّ وهو مُعْسِرٌ . وكذلك إذا كان له مال غائب ، وهو يخاف العنتَ في الحال قبل القدرة على المال . وكذلك إذا رضيت الحرةُ بدون مهر المثل ، ومَلَكَ ذلك القَدْرَ ؛ لأنه لا يَلزمه تَحَمُّلُ المِنَّة . وفيه وجه آخر - اختاره الصيدلاني - : أنه لا يجوز له نكاحُ الأمة ؛ لأن المِنّة بالمهر مُسْتحقرٌ[3] في النكاح ، بخلاف المِنّة في بَيْع الماء ، والثوبِ الساتر للعورة في الصلاة .

ولو وجد مالًا ، ولم يجد حرة يَنْكحها : جاز له نكاحُ الأمة . ولو لم يجد إلّا حرةً تُغَاليه في المهر مُغَالاةً - يُعَدُّ احتمالُ ذلك سَرَفًا بالإضافة إلى مقاصد النكاح : فله نكاحُ الأمة . وإن كان ذلك قدرًا قريبًا لم يرخَّص / بسببه . ١٦٥/ب

وكذلك الوليّ إذا نقص من مهر المثل قدرًا يُحتمل ذلك لأغراض النكاح ، فلا ينبغي أن يثبت الإعراض[4] للمرأة ، بل إذا أفرط في النقصان ؛ فإنّ مقاصد النكاح تُغطّي على هذه المحقرات . وكذلك لو لم يجد إلا حُرة[5] غائبة غَيْبةً قريبة يُحتمل مثلُها في مقاصد النكاح : لم ينكح الأمة ، وإن كانت بعيدًا نكح الأمة .

ولو لم يَجِدْ إلّا[5] حُرة كتابية ، جاز له [نكاحُ][6] الأمة على أحسن الوجهين[7] ؛ لأنّ الحذر

---

(١) من الآية (٢٥) من سورة (النساء) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « تستحق » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « الاعتراض » . وهو أليق .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « أظهر الوجهين » . وفي الروضة : أن الأصح أنه يتزوج الحرة الكتابية ولا يتزوج الأمة ، وهو خلاف ما رجحه الشيخ الغزالي (رحمه الله) . انظر الروضة (١٢٩/٧) .

من مخالطة المشركات مُهِمّ ، ويَشْهد له ظاهرُ قوله : ﴿ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ﴾ [1] .

الشرط الثالث : خَوْفُ العَنَت . وإنما يتمُّ ذلك بغلبة الشهوة ، وضَعْف عِصام التقوى . ولا يُشْترط في الخوف غلبةُ وقوعِ الزنا ، بل توقُّعُ وقوعِه ، كما أن الطريق المخوف هو الذي يُتَوقع فيه الهلاكُ وإن لم يَغلب [2] . والأَمْنُ هو أن لا يُتَوقع [2] ، وإن كان ذلك ممكنًا على الندور .

ومَنْ ضعفتْ شهوتُه ، وقَوِيَ تقواه [3] ، فهو آمن . ومَنْ غلب [عليه] [4] شهوتُه ، ولكنه راسخ التقوى ؟ فإن كان يُفْضِي به الصبرُ إلى مرض فلينكح الأمةَ ، وإلا فالصبرُ أحسنُ من إرقاقِ الولد ، ولا يبعد أن يترخَّصَ ولا يُكَلَّف المشقةَ في مصابرة الشهوة .

ومَنْ قدر على التَّسَرِّي ، فالظاهرُ أنه لا ينكح الأمةَ ؛ لأنه لا يخاف العنت . وفيه وجهٌ : أنه ينكح ؛ لأن مِلك اليمين لا يُقصد به التحصُّنُ .

الشرط الرابع في الأمة : وهي أن تكون مسلمة . فلا يحلُّ عند الشافعي (رضي الله عنه) للمسلم نِكاحُ الأمةِ الكتابيةِ بحالٍ [5] ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ... ﴾ [6] وكأن الأصلَ في المشركات والإماءِ التحريمُ ، وهذا مُستثنًى مع التقييد .

الشرط الخامس : أن تكون مملوكةً لمسلمٍ ؛ حتى لا يُرَقَّ ولدُ المسلمِ لكافرٍ [7] ، وفي هذا الشرط خلافٌ ، ولعل الظاهر أنه لا يشترط ؛ لأنه إنْ رَقَّ لكافرٍ فيُبَاع عليه في الحال .

---

(١) من الآية (٢٥) من سورة (النساء) .

(٢) في (ب) : « والآمِنُ هو الذي لا يتوقع » .

(٣) الشائع في الاستعمال هنا تأنيث الفعل - أي لحوق تاء التأنيث بآخر الفعل - فيقال : « قَوِيَتْ تَقْواه » . وخُلُوُّ الفعلِ هنا من تاء التأنيث استعمالٌ صحيح جائز ؛ إذ يجب تأنيث الفعل في مواضع ليس هذا منها .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) انظر : الأم (٥ / ٦) . التنبيه للشيرازي ص (١٠٤) .

(٦) من الآية (٢٥) من سورة (النساء) . وهو يحتج هنا بمفهوم المخالفة ، وهو حجة عند الشافعية ، غير حجة عند الحنفية . انظر : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (١ / ٦٦٥ - ٦٨٨) . أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء د - مصطفى سعيد الخنّ . ص (١٧١ - ١٨٤) .

(٧) في (أ) ، (ب) : «للكافر» .

واختتامُ الشرائطِ بأمرين :

أحدهما : أن العبدَ لا تُعتبر فيه الشرائطُ كلُّها إلا الشرط الرابع والخامس ، بل الأمةُ في حقِّه كالحرة حتى يجوزَ [له] (١) الجمعُ بين الأَمَتَيْنِ (٢) . ولا يجوزُ للحرِّ الجمعُ بين أَمَتَيْنْ بحال . وهذا ؛ لأن المحذورَ من نكاح الإماءِ إرقاقُ الولد ، والعبدُ رقيقٌ ليس (٣) عليه النظرُ لولدِه الموجودِ ، فلا يُؤْمر بالنظَّر لولدِه المفقود .

والمكاتبُ ، ومَنْ نصفُه رقيقٌ - في هذا - كالعبد ، كما أنَّ مَنْ نصفُها رقيقٌ (٤) كالأمة ، حتى تفتقر إلى الشرائط في نكاح الحرّ إياها . نعم ، يُحتمل ترددٌ في أن مَنْ قدر على مثلها ، هل يجوز له نكاحُ أمةٍ كاملةِ الرقِّ ؛ لأنّ إرقاق بعض الولد أهونُ من [إرقاق] (٥) جميعه ؟ .

وأما الحرُّ الكتابيّ ، فهو كالمسلم في شرائط النكاح إلا في نكاح الأمة الكتابية ، إذ نصّ الشافعيّ (رضي الله عنه) [على] (٦) أن الكافر يُزَوِّج أَمَتَه (٧) . وذلك يدلّ على أن تزويجها ممكن ، ويتجه (٨) ذلك من حيث إنّ الكفر ليس نقصًا في حق الكافر . ولكن هذا ينقضه نصُّ الشافعي (رضي الله عنه) : أن العبد المسلم لا ينكح الأمة الكتابية (٩) . والرقُّ ليس نقصًا بالإضافة إليه لما (١٠) اعْتَوَرَها نقصان (١١) في حقه . فمن الأصحاب مَنْ جعل المسألتين على قولينْ . ويرجعُ الخلافُ إلى أن الأمة الكتابية ، هل هي مُحَرَّمَةٌ في عينها كالوثنيَّات ، أو هي محرمةٌ لاجتماع النقصَينْ ؟.

الأمر الثاني : أنّ شرطَ فَقْدِ الحرة وطَوْلِها وخوفِ العنت ، يُعتبر في ابتداء النكاح دون دوامه ، فلو نكح حرةً على أمة يجوز ، وقال المزني : « ينقطع نكاحُها بِوُجْدانِ طَوْلِ الحرة والقدرةِ عليها فضْلًا عن وجودها » (١٢) .ولم يَطْرد ذلك في زوال خوف العنت .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « أمتين » .

(٣) في (ب) : « وليس » .

(٤) في (أ) : « رقيقة » .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) انظر روضة الطالبين (٧ / ١٣٢) .

(٨) في (ب) : « ويتحيز » وهو خطأ .

(٩) انظر الأم (٥ / ٦) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « فما » .

(١١) في (ب) « نقصانان » .

(١٢) نصُّ المزنيّ في مختصره : « ولو تزوجها - يعني الأمة - ثم أيسر لم يُفْسِده ما بعده » ، انظر مختصر المزني ص (١٧٠) ، وهو موافقٌ بذلك لنصِّ الشافعي نفسِه في هذه المسألة . انظر : الأم (٥ / ١٠) .

وأما إسلامُ المالك - إنْ شرطناه - فلا شكَّ في أنه لا يُعتبر في الدوام .

فَرْع : لو جمع بين حرةٍ وأمةٍ في عقد واحد : بطل نكاحُ الأمة ، وفي نكاح الحرة قولا تفريقِ الصفقةِ . الأصحُّ - وهو نصُّ القديم [١] - صحةُ نكاحِ الحرة [٢] ؛ لأن النكاح لا يفسد بفساد المهر ، فكيف يفسد بفساد القرينة المبايِنة له [٣] ؟! .

ولو جمع بينهما مَنْ يَحِلُّ له نكاحُ الأمة مع القدرة على الحرة - وهي أن تكونَ هذه الحرةُ رضِيَتْ بدون مهر المثل ، وقلنا : لا يلزمه تقلُّدُ المنّة - فلا يصحُّ هاهنا نكاحُ الأمةِ ؛ لأنّ الأَمَة لا تُضَامُّ الحرة [٤] ؛ فلا يَصحُّ [٥] إلا إذا سبق نكاحُها ، وها هنا لم يسبق . وأما نكاح الحرة فطريقان :

أحدهما : طرد القولين .

والآخر : القطعُ بالفساد ؛ كما لو جمع بين أختين ، فإنه الآن قادر عليهما جميعًا . وهذا بعيد ؛ لأنّ إحدى الأختين ليست أولى بالدَّفع ، وهاهنا الأمةُ أَوْلى بالدفع .

* * *

---

(١) في (أ) : « وهو النص القديم » .

(٢) حكى النصَّ القديمَ الإمامُ المزني في مختصره ص (١٧٠) .

(٣) المباينة : المنفصلة . انظر : المصباح المنير (١ / ١١٢) مادة (ب ي ن) .

(٤) يعني أن الأمة لا يجوز أن تُضَمّ (يعني : تُنكح) إلى الحرة ، بخلاف نكاح الحرة على الأمة ، فإنه جائز كما قاله قريبا في « الأمر الثاني » . وفي نسخة (ب) : « لا تُضَاهي الحرة » .

(٥) غير واضحة في الأصل وواضحة في (أ) ، (ب) .

المانع الثاني

الملك

وهو وراءَ الرقِّ ؛ فإنَّ مَنْ يحِلُّ له نكاحُ الأمة ، لا يحلُّ له أن ينكح [1] أمةَ نفسِه وإنْ قلنا : إنّ القدرةَ على التسرِّي لا تمنع نكاحَ الأمة . بل لو اشترى زوجتَه أو وَرِثَها انفسخ [2] النكاحُ . وكذلك لا تَنْكِح الحرةُ عَبْدَ نفسِها . ولو اشترتْ زوجَها العبدَ - أو ورثتْه - انفسخَ النكاحُ .

* * *

---

(١) في (أ) : « نكاح » .

(٢) قوله : « انفسخ » ساقط من (ب) .

الجنس الرابع من الموانع
الكفر

(وفيه ثلاثةُ فصول)

الفصل الأول
في أصناف الكفار

وهي ثلاثة / : ١٦٦/أ

الصنف الأول : أهل الكتاب . وهم اليهود والنصارى ، وكفرُهم أَخَفُّ ؛ فتحلُّ مناكحتُهم وذبائحهم . وحكمُهم في حقوق النكاح كالمسلمات إلا في الميراث ، إذ لا إِرْثَ مع اختلاف الدين [١] . ولا كراهيةَ في نكاحهنَّ ؛ فإن الاستفراش [٢] إهانةٌ ، والكافرةُ جديرةٌ بذلك . وقال مالك : « يُكره نكاحُهنّ » [٣] . نعم ، الحربية الكتابية [٤] يُكْره نكاحُها ؛ فإنَّ صُحبة الكفارِ فى ديارهم توجبُ الافتتانَ ، وربما تُسْبَى الحربيّةُ ، وهى حاملٌ بولد مسلم ، والكراهية تثبت بأقلَّ من هذا .

---

(١) وذلك لقوله ﷺ : « لا يرث المسلمُ الكافرَ ، ولا يرث الكافرُ المسلمَ » رواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٢٣٣) (٢٣) كتاب « الفرائض » حديث (١٦١٤) . ورواه أبو داود (٢٩٠٩) والترمذي حديث (٢١٠٨) وابن ماجه حديث (٢٧٢٩) .

(٢) في (أ) : « الافتراش » .

(٣) كره الإمام مالك (رحمه الله) نكاح الكتابية بغير تحريم ، رواه عنه جماعة من أصحابه ، واحتج لذلك بأنه لا يرى أن يضع الرجلُ ولدَه عند من تشرب الخمر وتأكل الخنزير وتغذيه ، وغذاءُ الولد مما تأكله المرأة ، وتغلب الصبيَّ ، فتضرِبُه على ما لا يجوز ، ويضاجعها الرجل ولا تغتسل ، فتركُ ذلك أفضلُ من غير تحريمٍ . وقد استحبَّ الإمامُ الشافعي تَرْكَ نكاحهن أيضًا ، فقال : « ويحل حرائر أهلِ الكتاب لكل مسلم ، لأنّ الله أحلهنَّ بغير استثناء ، وأَحَبُّ إليَّ لو لم ينكحهنَّ مسلمٌ » ا . هـ . انظر: المدونة (٢ / ٢١٦) . المنتقى (٣ / ٣٢٩) . الأم (٥ / ٧) . معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٠ / ١٢٠) .

(٤) فى (أ) : « الحرة الكتابية » وهو خطأ .

الصِّنْفُ الثاني : عَبَدَةُ الأوثانِ والمُعَطِّلةُ والدهريةُ [١] ، ومن لا يُقَرُّ بالجزية ، فلا يَحِلُّ نكاحُهم وذبائِحُهم ، وتدخل فيهم المرتدة [٢] .

الصنف الثالث : المجوس . ويُسْلَك بهم مسلكَ أهل الكتاب في التقرير بالجزية [٣] دون المناكحةِ والذبيحةِ . وحُكي في مناكحتهم قولٌ بعيدٌ للشافعيّ (رضي الله عنه) . ولا وجهَ له ، وقيل : كان لهم كتابٌ فأُسْرِيَ به .

ثم حَقُّ [٤] الكتابية في القَسْم والنَّفقة وسائر الحقوق كالمسلمة . وللمسلم مَنْعُها من الخروجَ إلى الكنائس ، كما له مَنْعُ المسلمة من المساجد . وله أن يُلزمها الغسلَ من الحيض ؛ حتى تحِلَّ له . وهل يُلزمها الغسلَ من الجنابة لأجل العيافة؟ فيه قولان . وكذلك في إلزام الاستحداد [٥] الذي يَكسَر

---

(١) الدّهرية : منسوبة إلى « الدهر » وهي فرقة تنكر وجود الخالق - سبحانه وتعالى - ويقولون : لا إله ، ولا صانع للعالم ، وأن هذه الأشياء وُجِدت بلا خالق ، فهُمْ قومٌ عطلوا المخلوقات عن خالقها وقالوا - كما حكاه عنهم القرآن - : ﴿ ما هِيَ إِلَّا حَيَاتُنَا الدُّنْيَا نَمُوتُ وَنَحْيَا وَمَا يُهْلِكُنَا إِلَّا الدَّهْرُ ﴾ (الجاثية : ٢٤) ويقولون أيضًا ببقاء الدهر . انظر : تلبيس إبليس لابن الجوزي ص (٥٥) ، لسان العرب (١٤٣٩/٢) ، القاموس المحيط ص(٥٠٥) . كشاف اصطلاحات الفنون (٢٧٤/٢) مادة (دهر) . معجم لغة الفقهاء ص (٢١١) .

(٢) في (أ) : « المرتد » ، والارتداد هو الرجوع ، ومنه « الردة » - والعياذ بالله - وهي قطعُ الإسلام بنيّةٍ أو قولٍ أو فعلٍ ، كالسجود للصنم ، والاستخفاف بالمصحف ، أو الاستخفاف بشعائر الإسلام المشهورة التي لا يُعْذَر أحدٌ بجهلها ، أو الطعن في الشريعة ، أو ازدراء حكم شرعي معلوم ، أو الاستهزاء بأحد رسل الله الكرام أو غير ذلك مما نصَّ العلماءُ على أن مَنْ قاله أو فعله كَفَر ، والعياذُ بالله .

انظر : مختار الصحاح ص (٢٣٩) مادة (ر د د) ، تصحيح التنبيه ص (١٤١) ، الفقه الأكبر لأبي حنيفة وشَرْحه لِمُلّا على القاري ص(١٤٦ وما بعدها) ، كشاف اصطلاحات الفنون (٣/ ٣١) ، تيسير العزيز الحميد شرح كتاب التوحيد للشيخ سليمان بن عبد الله ص (٦١٧) معجم لغة الفقهاء ص (٢٢١) .

(٣) في (أ) : « في الجزية » .

(٤) كلمة : « حق » ليست في (ب) .

(٥) الاستحداد : إزالة شعر العانة ، سواء أُزيل بنتفٍ ، أو نَوْرة ، أو حَلْق . والاستحدادُ : مأخوذ من « الحديدة » وهي الموسي التي يُحلق بها .انظر : تصحيح التنبيه ص (١٠٤) . القاموس المحيط ص (٣٥٢) مادة (ح د د) .

الشهوةَ تركُه ، وكذلك في المنع مِن تناول الخنزير والمستقْذَرات وأكْلِ الثُّوْم ، وكلُّ ذلك[1] في المُسْلمة أيضًا .

* * *

---

(١) كلمة : « ذلك » ساقطة من (أ) .

الفصل الثاني
في أقسام أهل الكتاب

فنقول : مَنْ آمن أوَّلُ آبائه قبل التحريف أو بعده ، ولكن عَلِمَ المحرَّفَ ولم يؤمنْ به – وكانت من نسب بني إسرائيل – فقد اجتمع لهما الشَّرَفَانِ ؛ فيصح نكاحُها قطعًا . وإن لم تكن من بني إسرائيل ففي جوازِ نكاحِها قولان . وإن كان أولُ آبائها [(1] آمَنَ بعد التحريف ففي [1)] جواز نكاحها أيضًا قولان . وإنْ شككنا في ذلك ، فقولان مرتبان وأولى بالجواز .

ولا خلافَ في أنّ مَن آمنَ أوَّلُ [(2)] آبائِه بعد المبْعث [(3)] أو شككْنا في ذلك ، لم تَحِلَّ مناكحتُه .

وإذا آمنَ أولُ آباءِ اليهوديّة بعد نزول [(4)] عيسى (عليه السلام) فهل يكون كما بعد المبْعث ؟ فيه وجهان ، والأقيسُ : أن لا يُعْتبر نسب بني إسرائيل ، ولا يقدّم إيمانُ الآباء على التحريف [(5)] .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٢) قوله : « آمن أول » ساقط من (ب) .

(٣) أي بعد بعثة نبينا ﷺ .

(٤) كلمة : « نزول » ليست في (ب) .

(٥) في الروضة تفصيل حسن في هذا الأمر ، قال « الكتابية التي ينكحها المسلم ضربان : إسرائيلية ، وغيرها .

الضرب الأول : التي ليست من بني إسرائيل ، ولها أحوال :

أحدها : أن تكون من قوم يُعْلم دخولُهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه ، فيحلّ نكاحها على الأظهر ، وقيل : قطعا ، وهؤلاء يُقَرُّون بالجزية قطعًا ، وفي حِلِّ ذبائحهم الخلافُ كالمناكحة .

الحال الثاني : أن تكون ممن يُعْلم دخولُهم بعد التحريف وقبل النسخ ، فإن تمسّكوا بالحق منه وتجنبوا المحرَّف منه ، فكالحال الأول . وإن دخلوا في المحرف : لم تحلَّ مناكحتهم على المذهب ، ويقرون بالجزية على الأصح كالمجوس وأَوْلى ؛ للشبهة .

الحال الثالث : أن تكون ممن يُعْلم دخولهم بعد التحريف والنسخ ، فلا تحل مناكحتهم قطعا ، فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ لا يُناكحون . وفي المتهودين بين نبينا وبين عيسى – عليه السلام – وجهان ، أصحهما : المنع .

الحال الرابع : أن تكون من قوم لا يُعْلم متى دخلوا ، فلا تحلُّ مناكحتهم ويُقَرُّون بالجزية . وبذلك حكمت الصحابة (رضي الله عنهم) في نصارى العرب ، وفيه شيء لابد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا . =

وأمَّا الصّابئون والسَّامرة [١] - وهم من طوائف اليهود والنّصارى ، وبينهم خلافٌ في الاعتقاد [٢] - نصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) في موضع على جواز مناكحتهم ، ونصَّ في موضعٍ على خلافه [٣] . واتفق جماهيرُ الأصحاب على أنّ المسألة ليستْ على قولين . ولكنْ ظنّ

= قلت : ذكر في هذا النوع أنهم « يقرون بالجزية » وكلامه في الفصل التالي ، يبين أنهم لا يقرون بالجزية ، وهذا واضح تمامًا فانظره في الروضة (١٤١/٧) . ثم الشيء الذي كان قد وَعَدَ به ، هو أن الصحابة فعلتْ في نصارى العرب ذلك ؛ لأنهم انتقلوا من الوثنية إلى التنصّر ، فلَمْ يُفِدْهم ذلك شيئًا .ثم قال :

الضرب الثاني : الكتابية الإسرائيلية . والذي ذكره الأصحاب في طرقهم ، جوازُ نكاحها على الإطلاق ، من غير نظرٍ إلى آبائها ، أَدَخَلُوا في ذلك الدين قبل التحريف أم بعده ؟ وليس كذلك ؛ لأنه ليس كل إسرائيلية يلزم دخول آبائها قبل التحريف ..... وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ فلا تفارق فيه الإسرائيليةُ غيرَها »ا . هـ روضة الطالبين (١٣٧/٧ - ١٣٩ ، ١٤١) .

(١) في (أ) : « وأما السامرون والصائبة » .

(٢) الصابئون : يقال : صبأ : إذا خرج من دين إلى دين ، وبابه : « خضع » . وقد اختُلف في المراد بهم اختلافًا كثيرًا : فقيل : إن هذا اللقب عَلَمٌ على طائفة من الكفار يقال : إنها تعبد الكواكب في الباطن ، وتُنْسَب إلى النصرانية في الظاهر ، ويدَّعون أنهم على دين صابيء بن شيث بن آدم ، وقيل : إنهم يزعمون أنهم على دين نوح عليه السلام ، وقيل : هم فرقةٌ يعبدون الكواكب ، ويتلون الزبور ، ويتوجهون إلى القبلة ، وقيل : هم من عابدي الكواكب ، ولا كتابَ لهم . وعند أبي حنيفة (رحمه الله) هم ليسوا بعبدة للأوثان ، وإنما يُعَظِّمون النجومَ كتعظيم المسلمين للكعبة ، وفي الصحاح : هم جنسٌ من أهل الكتاب ، وفي التهذيب : هم قومٌ يُشْبه دينُهم دينَ النصارى .

انظر : أحكام القرآن للجصاص . مختار الصحاح ص (٣٥٤) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٤٣٤/١) . لسان العرب لابن منظور (٢٣٨٥/٤) . المصباح المنير للفيومي (٥٠٩/١) . كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (٤/ ١٩٧) . مادة (ص ب أ) .

والسامرة : فرقةٌ من اليهود ، وتخالف اليهود في أكثر الأحكام ، ومنهم السّامريّ الذي صنع العجل وعبده . وقيل : السامرة نسبة إلى قبيلة من بني إسرائيل يقال لها : سامر . انظر : روضة الطالبين (١٣٩/٧) . لسان العرب (٣/ ٢٠٩٢) . القاموس المحيط ص (٥٢٥) مادة (س م ر) .

(٣) هناك نصوص للإمام الشافعي في الصائبين والسامرة بحلّ نسائهم ، ولكن علّق ذلك بما إذا لم يكونوا مخالفين لليهود والنصارى في أصل الدين . فقال (رحمه الله) في الأم (٧/٥) وفي « معرفة السنن والآثار » للبيهقي (١٠/ ١٢١) : « ومن دان دينَ اليهود والنصارى من الصابئين والسامرة ، أُكِلت ذبيحتُه ، وحَلّ نساؤه » ا . هـ . وقال البيهقي في =

الشافعي (رضي الله عنه) مرةً أنهم يُخالِفون القومَ فيما يُوجِب التكفيرَ(1)، فتلتحق(2) بالزَّنادقة(3)، وظنّ مرةً أنهم يخالفون فيما يُوجب البدعة، ونكاحُ المبتدعةِ صحيحٌ. وأَطلق الشيخ أبو علي(4) طَرْدَ القولينْ.

* * *

= معرفة السنن والآثار (10 / 121): «واشترط الشافعيُّ في كتاب «الجزية» أن يكونوا من بني إسرائيل ولا يخالفون اليهود والنصارى في أصل الدينونة، وإن خالفوهم في فرع من دينهم». وقال الشافعيّ (رحمه الله) في الأم (7/5): «والصابئون والسامرة، من اليهود والنصارى الذين تَحِلُّ نساؤهم وذبائحُهم، إلا أن يُعْلم أنهم يخالفونهم في أصل ما يُحِلُّون من الكتاب ويُحرِّمون: فيحرم نكاحُ نسائهم كما يحرم نكاح المجوسيات وإن كانوا يجامعونهم على أصل الكتاب ويتأولون فيختلفون: فلا يُحَرِّم ذلك نساءَهم، وهم منهم، يحل نساؤهم بما يحلُّ به نساء غيرهم» اهـ. وانظر أيضًا مختصر المزني ص (169).

(1) قال الحموي: «قوله (رحمه الله): (وأما السامرة والصابئون وهم طوئف اليهود والنصارى وبينهم اختلاف في الاعتقاد، نصَّ الشافعي (رضي الله عنه) على [جواز] مناكحتهن، ونص في موضع آخر على خلافه. واتفق جماهير الأصحاب على أن المسألة ليست على قولين، ولكنْ ظنَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) مرةً أنهم يخالفون القومَ فيما يُوجِبُ البدعةَ).

وإذا كان ما ذكر من الظنّ منشأ الخلاف فإنه كل خلاف هذا شأنه، فعلى هذا لا تكون المسألة ذات حالين لما قررناه.

قلت: أراد الشيخ (رحمه الله) بقوله: «ظن مرة» أي غلب على ظنِّه - بدليل في زمان - أنهم كَفَرَةٌ فيما بينهم، ثم غلب على ظنه في زمانٍ آخرَ أنهم ليسوا بكفرة فيما يعتقدون؛ بناءً على إخبار عدلين كانا كافرين وأسلما، وإذا كان كذلك صح ما ذكره من حيث إن الظنَّ ما كان ناشئًا من دليل مجتهدٍ فيه بل لمجرد الإخبار، بخلاف ما إذا غلب على ظنه دليلان مستندُهما النظرُ والاجتهاد، وبه خرج الجواب»، مشكلات الوسيط (ق 141 / ب، 143 / أ).

(2) في (ب): «فيلحق».

(3) الزنديق: فارسي مُعَرّب، والزنادقة: طائفة يقولون بإلهين للعالم: إله النور وإله الظُّلمة. ويُطلق عليهم أيضًا «الثنوية». وقيل: الزنديقُ مَنْ لا يؤمن بالربوبية ولا بالآخرة. وقيل: هو من يُبْطِن الكفر ويُظْهر الإيمان. والجمع: زنادقة. والاسم منه: الزندقة. انظر: مختار الصحاح ص (276). لسان العرب (1871/3). المصباح المنير (1/392). القاموس المحيط ص (1151). كشاف اصطلاحات الفنون (117/3). مادة (ز ن د ق).

(4) سبقت ترجمته في القسم الدراسي.

الفصل الثالث

في تَبْديل الدين

وله صُوَرٌ :

إحداها : أن يتنصّر يهوديٌّ ، أو يتهوَّدَ نصرانيٌّ ، ففيه ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه يُقَرَّر [١] عليه ؛ لأنهما دينان متساويان الآن .

والثاني : [٢] أنه لا يُقْنَع منه إلا بالإسلام [٢] ، ولو عاد إلى تَنَصُّرِه لم يكْفِه ؛ لأنه أبْطل تلك العصمةَ ، فلا يستحدثه بعد المبعث عصمة .

والثالث : أنه لا يُقنع منه إلا بالإسلام [٣] ، أو بالعود إلى التنصُّر . فإنْ أصرَّ وقلنا : لا يُقَرُّ عليه ، فيلتحق بِمَأْمَنِه [٤] ، أو يُقْتل قَتْلَ المرتد ؟ فيه قولان [٥] .

الصورة الثانية : أن يتنصَّر وثَنِيٌّ ، فلا يُقَرُّ عليه أصلًا ؛ لأنه لم يكن معصومًا ، ويريد استحداثَ عصمةٍ بدين باطل . وإن توثَّنَ النصرانيُّ [٦] فلا يُقَرّ أصلًا ولكن في قول : لا يُقْنع إلا بالإسلام . وفي قول : يُقْنع بالإسلام أو بالعَوْد إلى التنصُّر . وفي قول : يُقْنع وإن عاد إلى التهوُّد [٧] .

الصورة الثالثة : أن يرتدَّ مسلمٌ (والعياذ بالله) ، فالأديانُ في حقِّه سواءٌ ، ولا يُقْنَع منه [٨] إلا بالسيف ، أو الإسلامِ [٨] .

ويمتنع نكاحُ المرتدِّ والمرتدة . وإن طرأ على دوام النكاح تنجَّزت الفُرقةُ قبل المسيس . وإن جرى بعد المسيس توقف على انقضاء العدّة عند الشافعي (رضي الله عنه) . فإن عاد إلى

---

(١) في (أ) : « يُقَرّ » .

(٢) وهذا القول هو الأصح كما في الروضة (٧ / ١٤٠) .

(٣) في (أ) : « أنه يقنع منه بالإسلام » .

(٤) في (ب) : « فيلحق بمنأمنه » .

(٥) أشبهُ القولين أن يلحق بمَأْمَنه كمن نَبَذَ العهدَ ، ثم هو حربٌ لنا ، إنْ ظفرنا به قتلْناه . انظر الروضة (٧/ ١٤٠) .

(٦) في (ب) : « نصراني » .

(٧) في (أ) : « اليهود » .

(٨) في (أ) : « إلا بالإسلام أو السيف » .

الإسلام ، استمرّ العقدُ ، وإلا تبينَّ بطلانُ النّكاح بنفس الرِّدة [١] . وكذلك لو ارتدّا معًا ، فهو كما لو ارتدَّ أحدُهما . وكذلك لو أسلم أحدُ الزوجين المجوسِيَّيْن ، أو الوثنيَّيْن . أو أسلمت الكتابيةُ تحت كافر : تنجَّزت الفرقةُ قبل المسيس ، وتُوقِّف على العدة بعد المسيس . ولو أسلَما معا استمرَّ النكاحُ [٢] .

فرع : مُتَوَلِّدٌ من يهوديّ ومجوسيّ ، ففي حِلِّ مناكحتِه قولان :

أحدهما : التحريمُ ؛ تغليبًا لجانبِ الحرمة .

والثاني : النَّظَرُ إلى جانبِ الأَب ؛ اعتبارًا للنّسَب [٣] .

ثم قال القفال : هذا في الصغير ، فإن بلغَ وتمجّس ، فله ذلك وهو مجوسِيٌّ . ويحتمل أن يُقَال : إذا كان أبوه يهوديًا ، لم يُمَكَّن من التمجس بعد البلوغ [٤] ، وجُعل كاليهودي [٥] يُمَجَّس [٦] .

* * *

(١) انظر روضة الطالبين (١٤٢/٧) .

(٢) انظر : الأم (٤٤/٥ ، ٤٥) .

(٣) في (أ) : « بالنسب » .

(٤) قال الحموي : « قوله : (أما المتولدة بين كتابي ومجوسي ففي حل مناكحتها قولان : أحدهما : التحريم ؛ تغليبًا لجانب الحرمة ، والثاني : الحل ؛ نظرًا إلى جانب الأب ؛ اعتبارًا بالنسب . ثم قال القفال (رحمه اللّه) : هذا في الصغير فإن بلغ وتّمجس فله ذلك وهو مجوسي ، ويحتمل أن يقال : [لو كان] أبوه يهوديًا أو نصرانيًا والأم مجوسية لم يُمَكّن التمجُّس) .

قلت : إن الأب إذا كان مجوسيًا أو وثنيًا والأم كتابية كان فيه خلاف ، وليس فيه كذلك ؛ فإن الخلاف يختص به إذا كانت الأمُّ مجوسيةً أو وثنية وكان الأب كتابيًا .

قلت : وإن كان كذلك إلا أن تعليل وجه الحل يدل على أن الخلاف مختصٌّ بما إذا كانت وثنيةً أو مجوسية فإنه قال : (الثاني : النظر إلى جانب الأب) وتخصيصه به يدل على أن الأم إذا كانت كتابيةً والأب وثنيًا أو مجوسيًا فإنه لا تَحِلُّ وجهًا واحدًا . وأراد بقوله : « بين يهودي ومجوسي »جنسَهما حتى يقع المتولد بين ذكر وأنثى ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٤١ / أ ، ١٤١ / ب) .

(٥) في (أ) : « كيهودي تَمَجَّسَ » .

(٦) قال في الروضة : « مَنْ أحدُ أبويه كتابي ، والآخر وثنيّ : يُقَرّ بالجزية على المذهب . وأما مناكحته ومناكحة مَنْ أحدُ أبويه مجوسيٌّ ، والآخرُ يهوديٌّ أو نصراني أو ذبيحتُه ؟ .

فإن كانت الأمّ هي الكتابية ، لم يحل قطعًا ، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر . وهذا في صِغر المتولّد منهما ، فأما إذا بلغ وتديَّن بدينِ الكتابيِّ منهما ، فقال الشافعي (رضي الله عنه) : تحلُّ مناكحتُه وذبيحتُه » . انظر روضة الطالبين (١٤٢/٧) .

هذا بابُ نكاحِ المشركاتِ [٢]

وهذا أوَانُ ذكرِه ؛ لانْشعاب [٣] مسائله عن الموانع السابقة ، وفيه فصولٌ :

الأول

في حكم أنكحة / الكفار في الصّحة والفساد : ١٦٦/ب

وكان مقتضى قياسِ الشَّرْع وعمومِ خطابه ، أن لا يُخالف نكاحُ الكافر نكاحَ المسلم ، ويُرعى فيه جميعُ الشرائط ، حتى لا يُحْتاج [٤] إلى إفْراد نكاحهنّ بنظر [٣] ، لكن رُوِيَ أن فَيْروز الدَّيْلمِيّ [٤] أسلم على أُختين ، فقال رسول الله ﷺ : « اخْتَرْ إحْداهما ، وفَارِقِ الأُخْرى »[٥] وأسلم غَيْلانُ على عَشْر نسوةٍ فقال ﷺ : « أَمْسِكْ أربعًا ، وفارِقْ سائِرَهُنَّ » [٦] . فحمل أبو

---

(١) في (أ) : « باب نكاح المشركات » . (٢) في (ب) : « لاستيعاب » .

(٣) في (أ) : « إلى إفراد نكاحهن بالنظر » .

(٤) هو أبو عبد الله فيروز الديلمي ، ومن أهل الحديث من يقول : هو فيروز بن الديلمي ، وهو واحد ، وهو من أبناء الفرس . وَفَد فيروزُ على رسول الله ﷺ ، وأسلم . وهو الذي قتلَ الأسودَ العنْسي الذي كان ادّعى النبوة باليمن ، قتله في آخر حياة النبي ﷺ ، ووصل خبرُ قتلِه إياه في مرض رسول الله ﷺ الذي تُوفّي فيه ، فقال ﷺ : « قتله الرجل الصالح ، فيروز الديلمي » . توفي (رضي الله عنه) في خلافه عثمان (رضي الله عنه) .

انظر : الاستيعاب لابن عبد البر (١٢٦٤/٣) . أُسْد الغابة لابن الأثير (١٨٦/٤) . الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٢١٠/٣) .

(٥) حديث حسن : رواه أبو داود (٦٧٨/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٥) باب في « من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان » حديث (٢٢٤٢) ولفظُه : « قلت : يا رسول الله ، إني أسلمت وتحتي أختان ، قال : « طَلِّقْ أيتهما شئتَ » . ورواه الترمذي (٤٣٦/٣) حديث (١١٣٠) وقال : حديث حسن ، ولفظه « اختر . . . » ورواه ابن ماجه (٦٢٧/١) حديث (١٩٥٠) (١٩٥١) ، (٢٣٢/٤) ، وابن حبان (١٨١/٦) حديث (٤١٤٣) ، والدارقطني في سننه (٢٧٣/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨٤/٧) جميعًا من طرق عن ابن وهب عن الضحاك بن فيروز عن أبيه . وقد نقل الزيلعي عن البيهقي تصحيح إسناده كما في نصب الراية (١٦٩/٣) .

(٦) رواه الترمذي (٤٣٥/٣) (٩) كتاب « النكاح » (٣٢) باب « ما جاء في الرجل يُسْلم وعنده عشر نسوة » حديث (١١٢٨) . ورواه ابن ماجه (١ / ٦٢٨) حديث (١٩٥٣) ، والشافعي في الأم (٥ / ٧٠) ، =

حنيفة قولَه : « اخترْ » على الاستئناف ، ووَفّى برعاية تمام الشروط ، وقضى بأنَّ مَنْ أسلم على أختين تعيَّنَتِ السابقةُ ، واندفعتِ الثانيةُ . وإن نكحهما في عقدة اندفعَتا جميعًا [١] ، كما لو أرضعتِ امرأةٌ صغيرتَين نكَحهما واحدٌ ، فإنهما يندفعان [٢] . إلا أنَّ التأويل الذي ذكَرَه باطلٌ ؛ لقوله ﷺ : « أَمْسِكْ » ؛ ولأنّه لم يُعْلِمْهم شرائطَ النكاح ، ولم يُنْقَلْ إنشاءُ العقد ، وترَكَ رسولُ الله ﷺ استفصالَ نكاحِ الأختين ، [٣]مع أن الغالب أن تَسْبقَ إحداهما [٣] ؛ فَفُهِمَ منه أنهم إذا أسلموا ، لم يُؤَاخذوا بشرائط الإسلام [٤] . ولكن إن كان المفسِدُ مقارِنًا دفعْنَاه ؛ ولذلك أَمَرْناه [٥] باختيار إحداهما ؛ إذِ الجمعُ مفسِدٌ مقارِنٌ . فتحصَّل من هذا ، أنّه لو نكح بغير وليٍّ وشهود ، أو في عدة وأسلم بعد انقضاء العدة ، قررناه على النّكاح .

وأما إن كان المفسِدُ مقارِنًا لحال الإسلام [٦] : لم يُقَرَّرْ ، كما لو أسلم على مَحْرَمٍ

= وأحمد في مسنده (٢/٤٤) وابن حبان في صحيحه كما في الإحسان (٦/١٨٢) حديث (٤١٤٥) ، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٢) وابن أبي شيبة في المصنف (٤/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/١٨١) جميعا من طرق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه . هذا وقد حكى الأثرم عن الإمام أحمد أن هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه . انظر نيل الأوطار للإمام الشوكاني (٧/٢٣٥) . قلت : وللحديث شاهد رواه أبو داود برقم (٢٢٤١) ، وابن ماجه برقم (١٩٥٢) بإسناديهما عن قيس بن الحارث قال : أسلمت وعندي ثمان نسوة ، فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك ، فقال : « اختر منهن أربعًا » .

قال الشوكاني : والأحاديثُ – وإن كان في كل واحد منها مَقَال – لكنْ بالإجماع على ما دلّت عليه ، قد صارت من المجمع على العمل به ، وقد حَكى الإجماع صاحبُ فتح الباري والمهدي في « البحر » .

انظر : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني (٢/٢٥٥) .

(١) انظر المبسوط للإمام السرخسي (٥/٥٣) .
(٢) في (أ) : « يتدافعان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مع أن الغالب سَبْقُ إحداهما » .

(٤) في (أ) : « بشرط الإسلام » .

(٥) في الأصل و (ب) : « أمرنا » ، وفي (أ) : « أمرناه » وهو المثبت .

(٦) في (ب) : « حال الإسلام » .

نكَحَها [١] مِن أُمٍّ أو بنتٍ أو غيرِهما ، أو نكحها معتدةً وأسلما - أو أحَدُهما - قبل انقضاءِ العدَّة . وكذلك لو نكح مؤقتًا ، واعتقدوا صِحَّتَه مؤقتًا ، وأسلما قبل انقضاءِ الوقتِ : لا يُقَرَّر عليه ؛ لأن التأبيدَ على خلافِ اعتقادهم ، وتقريرُه - مُؤَقَّتًا - فاسدٌ في الإسلام . وإن اعتقدوه مؤبَّدًا قُرِّرُوا عليه .

ولو اغتصب كافرٌ امرأةً ، واعتقدوه نكاحًا ؟ قال القفال : لا نُقَرِّرهم عليه ؛ إذْ لا أقَلَّ من عقد . وقال الصيدلاني : يُقَرَّرُونَ ؛ إذْ إقامةُ الفعلِ مقامَ العقدِ ليس فيه إلا إخلالٌ بشروط [٢] . وهو مُتَّجِه [٣] .

ولو نكحوا نكاحًا واعتقدوه فاسدًا - وهو صحيحٌ عندنا - قَرَّرْناهم على الصحيح . وإن كان فاسدًا عندنا لم نُقَرِّرْهم ؛ لأنّ الرخصة بالتقرير إنما ورد فيما اعتقدوه نكاحًا . أمَّا المفسِدُ الطارىء بعد العقد [٤] - كالعدة بالشبهة - فلا يدفع النكاح وإن اقترنَ بالإسلام ؛ لأنَّ طارِئَها لا يَقْدحُ في نكاح المسلم ، فكيف يقدح في نكاح الكافر ؟! .

ولو نكح أَمَةً ، ثم حُرة ، وأسْلم عليهما : اندفع نكاحُ الأمة ؛ لأنا إذا لم ننظر إلى التقدُّم والتأخُّر في العقد على أختين ، فكذا [٥] لا ننظر في العقد على حرة وأَمَةٍ ، ويُجْعَل ذلك كمفسدٍ لنكاحِ الأَمة [٦] قارَن العقدَ والإسلامَ . واليسارُ الطارىءُ بعد نكاح الأمة - إذا دام إلى إسلامهما - يدفع نكاح الأمة [٦] . وهذا يخالف ما ذكرناه في العدة الطارئة ، والفرقُ غامِضٌ . ووجهُه [٧] : أنَّ فَقْدَ قدرة الطَّوْلِ [٧] أحدُ شَرْطَيْ نكاح الأَمة ، فكانَ بِطُرْآنِ الحرة أشْبَهَ ؛ ولأن إرقاقَ الولدِ مفسِدٌ [٨] نكاحَ القادر ، وهو مقارن للإسلام دائمًا ، فيُشْبه المحرميّةَ

(١) في (ب) : « نكحه » والضمير يرجع على « المحرم » وذكَّره مراعاة للفظه .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بشرط » .

(٣) وهو الأصح كما في الروضة (٧ / ١٤٦) .

(٤) كلمة : « العقد » ساقطة من (أ) .

(٥) في (ب) : « فكذلك » .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٧) في (أ) : « أنّ فقد الطول » وفي (ب) سقطت كلمة : « فَقْد » .

(٨) في (أ) : « يفسد » .

المقارِنةَ . وأما العدةُ الطارئةُ ، فينتظر زوالُها على قرب . وكذلك لو أسلم أحدُ الزوجين وأحرمَ ، فأسلم الثاني ، لم يندفع النكاحُ كما في العدة الطارئة ، وبخلاف وجود الحرة . وحُكِي عن القفال أنه ألحق العدةَ والإحرامَ بالحرةِ ، وقضى باندفاع النكاح . واستشهد على ذلك بنص الشافعيّ (رضي الله عنه) : « أنه لو أسلم أحدهما بعد المسيس وارتد ، ثم أسلم الثاني : اندفع نكاحها » [١] . وهذا فيه نظرٌ ؛ لأن الردة تُضَادُّ النكاحَ ، ولذلك نَتبين – بعدُ – انقضاءَ العدة من وقت الردة إذا أَصرّ . والعدة والإحرامُ لا يضادهما [٢] ؛ ولذلك لا تصحُّ رجعةُ المرتدة ، وتَصِحُّ رجعةُ المُحْرِمة ، والمعتدةِ [٣] عن الشبهة ، على الصحيح . ثم قطع الصيدلانيُّ والجماهيرُ بأنّ المفسد ، إن قارنَ إسلامَ أحدِهما : كفى ، إلا في اليَسَار ، [٤] فإنه لم يلتفت [٤] إلى وجوده إلا حالةَ اجتماعهما في الإسلام .

ولو نكح معتدة ، فأسلم أحدُهما قبل تمام العدة ، والآخرُ بعدَ [تمام] [٥] العدة : لم يُقَرَّرْ . وكذلك لو أسلم على حرة وأَمة ، فأسلمت الحرةُ وماتتْ ، ثم أسلمت الأمة : اندفعت الأَمةُ بوجود الحرة عند إسلام الزوج .

ولو أسلم مُوسِرًا [٦] على أمة ، ثُم أعسر فأسلمت ، قُرِّرَ عليها . وغايةُ الفرق : أن تأثير اليسار في دفْع الأمة أضعفُ ؛ لأنه مأخوذٌ من ظاهر الخطاب الوارد مع المؤمنين [٧] ؛ فلا يظهرُ أثرهُ [٨] في حقِّ الكافر ، إلا عند الاجتماع في الإسلام ، بخلاف العدة والحرة . ولِضَعْفِ هذا الفرقِ طَرد أبو يحيى البلخيُّ [٩] القياسَ ، وقضى بأنه إذا أسلم موسرًا ، وتخلَّفتْ ، ثم أسلمت بعد

---

(١) في (أ) ، (ب) : « اندفع نكاحهما » وانظر نصّ الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥/٥٤ ، ٥٥) .

(٢) في (أ) : « لا يضادانه » ، وهو أَبْيَنُ .

(٣) في الأصل : « المعتدة » والواو زيادة من (أ) (ب) .

(٤) في (أ) : « فإنه لا يلتفت » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : « موسرًا » حالٌ ، وهو منصوب .

(٧) يعني في قوله تعالى : ﴿ ومَنْ لم يستطع مِنكم طَوْلًا أن يَنكح المحصناتِ المؤمناتِ فمما ملكت أيمانُكم مِنْ فتياتكم المؤمنات ... ﴾ الآية [النساء : ٢٥] .

(٨) في (ب) : « أثر » .

(٩) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

إعساره ، لم يُقَرَّر [عليها] [١] وزاد فقال : لو أسلم مُعْسِرا ، ثم أيْسر فأسلمت : قُرِّرَ ؛ لأنه إذا اعتبر تلك الحال [٢] ، فما بعد ذلك طارئ لا يُؤثّر .

وقد ثارَ الخلافُ بين الأصحاب في أصلَيْن :

أحدهما : أن التقرير عند الإسلام في حكم ابتداءِ نكاح ، أو في حكم الإدامة ؟ فقالوا : فيه قولان مُستنبطان من كلام الشافعي (رضي الله عنه) / وهو غَيْرُ سديد ؛ إذ كيف يجعل في حكم الابتداء ؟! والصحيحُ أنه لا تمنعه عدة الشبهة والإحرام . وكيف يُجْعل إدامةً ، واليسارُ المقارِنُ – وإن كان طارئًا بعد النكاح – يدفعه ؟! بل الصحيحُ أنه مردّد [٣] بينهما لا يتمحَّضُ فيه أحدُ الحكميْن ، وكأنّه بالرجعة أشبهُ ، فإنه أيضا كالمردد [٤] .

١٦٧/أ

الثاني : أن أنكحة الكفار ، يُحْكم بصِحَّتها ، أو فسادها ، أو يُتوقَّف إلى الإسلام ؟ ذكروا فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها فاسدةٌ ؛ لأنها تخالفُ الشرعَ ، ولكنّا [٥] نُصحِّحُها بعد الإسلام رخصةً .

والثاني : أنها صحيحةٌ ؛ بدليل التقرير ؛ فإن القول بالفساد – مع التقرير – محالٌ ، ولأنه يحصل التحليلُ بوطء الذِّمّي ، ويُرْجم الذِّمّيّ لكونه مُحْصَنًا ، وإذا ترافعوا إلينا قَضَيْنَا بالمهر والنفقة من غير بحث عن شروطهم [٦] .

والثالث : أنا نتوقَّفُ ، فإن أسلموا بانَ الصحةُ فيما يُقرر عليه في الإسلام ، حتى لو نكح أختيْن ، فاختار في الإسلام إحداهما ، بَانَ صحةُ نكاحِها وفسادُ نكاحِ الأخرى . ومَيْلُ ابنِ

---

(١) زائدة من (ب) .

(٢) في (ب) : « الحالة » .

(٣) في (أ) : « متردد » .

(٤) في (أ) : « كالمتردد » .

(٥) في الأصل : « ولكنها » ، وفي (أ) : « ولكن » ، والمثبت من (ب) .

(٦) وهذا هو الصحيح كما في الروضة ، واستدلّ له بقوله تعالى : ﴿ وامرأتُه حَمَّالةُ الحطَب ﴾ [المسد : ٤] وقوله تعالى : ﴿ وقالت امرأةُ فرعونَ ... ﴾ الآية [القصص : ٩] . وقال أيضًا : « وقد أسلم خلائقُ ، فلم يَسْألهم النبيُّ ﷺ عن شروط أنكحتهم ، وأَقَرَّهم عليها » . انظر الروضة (١٤٦/٧) ، (١٥٠/٧) .

الحدّاد إلى التوقُّف . وهذا أقرب [١]. أمّا الإفسادُ - مع إيقاع طلاقهم ، ومع التحليل ، والإحصان ، والتقرير بعد الإسلام - فلا وجْهَ له .

التفريع : إنْ قَضَيْنا بالفساد من الأصل - أو التوقفِ - فلا مهرَ للتي [٢] اندفع نكاحُها بالإسلام ؛ إذ بان الفسادُ من الأصل . ولذلك إذا طلَّقَ الكافرُ زوجتَه ثلاثا ، ثم أسلم ، لم يفتقر إلى المحلِّل إنْ قضينا بفساد نكاحه . وإن صححنا افتقر إليه . وقال ابن الحداد : لو نكح أختين ، وطلَّق كلَّ واحدةٍ ثلاثًا ، ثم أسلموا خيرناه . فإن اختار واحدةً تعيَّنَتْ للنكاح ، ونَفَذَ الطلاقُ الثلاثُ فيها ، وافتقر [فيها] [٣] إلى محَلّل ، وللأخرى نصفُ المهر [٤] إذا جرى الإسلامُ قبل المسيس [٤] . قال الشيخ أبو علي : إنْ حكمنا بصحة أنكحتهم ، فلا حاجةَ إلى الاختيار ، بل نَفَذَ الطلاقُ فيهما جميعًا ، ويفتقر إلى مُحَلِّل فيهما . وإن حكمنا بالفساد لم ينفذ الطلاقُ ، ويختار واحدةً ولا مهرَ للثانية . وإن توقفنا فهو كما قاله ابنُ الحداد إلا في المهر ؛ لأنّا - على قول التوقف - نتبينُّ فسادَ [٥] نكاح المندفعة بالإسلام ، فلا مهر لها ؛ لأنها [٦] اندفعت باختيار الثانيةِ . والثانيةُ - لما تعيّنت للنكاح - نفذ الطلاق [٧] الثلاث فيها ، [وافتقر إلى المحلل] [٨] .

فإن قيل : فما حكمُ صداقِهِنّ الفاسد [٩] بعد الإسلام ؟ قلنا : إذا أصدقها خمرا أو خنزيرًا ، وقَبضتْ ، ثم أسلما : فلا مهر لها وإن كان الإسلام قبل المسيس .

وإن [١٠] أسلما قبل القبض وبعد المسيس ، فلها مهر المثل ، ولا سبيل إلى قبض الخمر .

---

(١) في (ب) : « وهو أقرب » .

(٢) في (ب) : « للذي » . وهو خطأ واضح .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في نسخة أخرى : « إذا جرى الطلاق قبل المسيس » ثبت ذلك على هامش نسخة (ب) .

(٥) في (ب) : « تَبَيَّنَّ فسادُ » .

(٦) كلمة : « لأنها » ساقطة من (ب) .

(٧) في (أ) : « تبين نفوذ الطلاق » . وفي نسخة أخرى « تعين نفوذ الطلاق » ثبت ذلك على هامش نسخة (ب) .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في الأصل و (ب) : « الفاسدة » ، والمثبت من (أ)

(١٠) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

وكذلك في تقابُضِهم ثمنَ الخمرِ وقيمتَها عند الإتلاف، لم نتعرض لما سبق استيفاؤه، (1 ولا نُنْشيء في الإسلام حكمًا لأجل اعتقادهم 1). فلو (2) قبض البعضَ دون البعض، رجع إلى بعض مهر المثل. فلو أصْدقَها ثلاثة (3) من الكلاب، وخنزيرين (4)، وزِقَّ خمرٍ، فقبضت الكلاب، فالصحيح أنه يُقوَّم الجميع. فإن كان ما قبضته قدْرَ الثلث، رجع إلى ثلثي المهر ومنهم من قال: لا قيمة لهذه الأشياء، فيوزع على العدد، وترجع إلى نصف المهر. ومنهم من قال: يوزَّع على الأجناس، [وصورتُه أن الكلاب كلها تُجْعل كلبًا واحدًا، وكذلك الزقاق، وكذلك الخنازير] (5).

ولو نكحت بغير مهر، واعتقدوا أن لا مهر للمفوّضة (6)، فلا مهر لها بعد الإسلام. وإن أسلم (7) قبل المسيس [فلا مهر] (8)؛ لأنا لا نتعرض لما سبق، وقد سبق استحقاق وطءبلا مهر.

هذا كلُّه إذا أسلموا. فإنْ ترافعوا إلينا في أنكحتهم - أو في غيرها - قبل الإسلام، فيجوز لحاكِمنا أن يحكمَ بينهم بالحقِّ ويستتبعهم.

وهل يجب عليه الحكمُ؟ إن كان أحد الخصمينْ مسلمًا: وَجَبَ. وإن لم يكن فقولان: أحدهما: لا يجب؛ لقوله تعالى: ﴿ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ (9).

---

(1) في (أ): « ولا يُنشأ في الإسلام حكمٌ لأجل اعتقادهم ». (2) في (أ): « ولو ».

(3) في الأصل: « ثلاث ». والمثبت من (أ)، (ب). (4) في (ب): « وخنزيرًا ».

قال الحموي: « قوله (رحمه الله): (ولو أصدقها ثلاثةً من الكلات وخنزيرًا وزقَّ خمرٍ، فإن كان ما قبضت قدر الثلث رجع إلى ثلثي المهر، ومنهم من قال: لا قيمة لهذه الأشياء فيوزع على العدد ويرجع إلى نصف المهر) ومعلوم أن الكلاب ثلاثةُ أخماس العدد ويبقى خنزيرٌ وزقُّ خمر، فعلى هذا لا يرجع إلى نصف المهر بل يرجع إلى خمسي المهر.

قلت: نسخ الكتاب نقلها مختلفٌ وفي بعضها خنزيران، فعلى هذا يكون العددُ ستةً فيرجع إلى نصف المهر، وبه خرج الجواب ». مشكلات الوسيط (ق ١٤٢ / أ، ١٤٢ / ب).

(5) ما بين المعقوفين زيادة من (ب).

(6) التفويض لغة: التسليم وترك المنازعة. والمفوّضة: هي التي تزوجت بلا تحديد للمهر. ويقال لها « مفوِّضة » زنة اسم الفاعل، و« مفوَّضة » على على زنة اسم المفعول. انظر: تصحيح التنبيه ص (١٠٨). المصباح المنير (٢/٧٤٢) مادة (ف و ض). أنيس الفقهاء (١٥٨). (7) في (ب): « وإن أسلما ».

(8) زيادة من (ب). (9) من الآية (٤٢) من سورة (المائدة).

والثاني : - وهو الأصح - أنه يجب إذا [١] التزمنا الذَّبَّ عنهم ، ودفعُ الظلمِ من جملة الذّبّ . والآيةُ لم تنزل في أهل الذِّمَّة [٢] .

وكذلك إذا كانا مُخْتَلِفَي المِلَّةِ وجب الحكمُ قطعًا . وقيل بطرْدِ القولين [٣] .

وأما المعاهدون [٤] فلا يلزمُنا الحكمُ بينهم ، وإن كانوا مختلفي الملة ؛ لأنا شرطنا الكفَّ عنهم ، ولم نلتَزِمْ[٥] لهم شيئًا ، إذ [٦] لم يلتزموا لنا شيئًا [٧] .

ثم إذا أوجبنا الإجابةَ ، فمهما استعدى أحدُ الخصمينْ ، فحضر الآخرُ ، ولم يَرْضَ بحكمنا : لم نحكم ؛ لأنا إنما نحكم عليهم إذا رَضُوا بحكمنا ، فإن أَبَوْا فلا نكلِّفهم موجَباتِ شرعنا [٨] .

---

(١) في (ب) : « إذ » .

(٢) أهل الذمة : هم المعاهدون من اليهود والنصارى وغيرِهم ممن يقيم في دار الإسلام ، بشرطِ الجزية ، والتزامِ أحكام المسلمين المشروطة عليهم . انظر : أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام د - عبد الكريم زيدان ص (١٩) .

(٣) قال في الروضة (١٥٤/٧) : « إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح وغيره :

أ - فإن كانا مُتَّفِقَي الملة ، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين .

ب - وإن كانا مختلِفَي الملة ، وجب الحكم على المذهب ؛ لأن كُلًّا لا يَرْضى بملّة صاحبه » .

(٤) وهم الذين يقيمون في ديارهم - خارج دار الإسلام - وشَرَطْنا الكفَّ عنهم . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٤٣٨) .

(٥) في (أ) : « ولا نلتزم » .

(٦) في (أ) : « إذا » .

(٧) قال في الروضة (١٥٤/٧) : ولو ترافع [إلينا] معاهدون لم يجب الحكم قطعا وإن اختلفت مِلّتُهما ؛ لأنهم لم يلتزموا حكمنا ولم نلتزم دَفْعَ بعضهم عن بعض . ولو ترافع ذميٌّ ومعاهد ، فكالذميين . وإن ترافعَ مسلم وذمي - أو معاهد - وَجَب قطعًا .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم إذا أوجبنا ...) إلى قوله : (فإن أبَوْا لم نكلفهم موجبات شرعنا) وذكر في « البسيط » مثلَ هذا ، قلت : هذه زيادة زادها لا تُعْرف ، وهي غير صحيحة . بل إذا أوجبنا الحكم ، فاستعدى أحد الخصمين ، فإنا نُحْضِر خصمَه من غير رضاه ؛ لأن المعتمَد في إيجاب الحكم بينهم : أنا التزمنا دفْعَ الظلم عنهم ، فنحكم بينهم لكفِّ الظالم عنهما عن الآخر . فلو كان الحكمُ على الظالم يتوقف على رضاه - حتى إذا لم يَرْضَ تركناه - لم نكن قد دفعنا عن المظلوم ظلمَ الظالم والله أعلم » . شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٠/ب وما بعدها) .

ثم مهما طلبوا تقديرَ النفقةِ ، واستيفاءَ المهر في أنكحتهم : حكمْنا بها وإن عقدوها بغير وليٍّ ولا شهود . وهذا يُقَوِّي قَوْلَ التصحيح [١] لكن لو كان المفسد قائمًا : لم نحكم ، كما لو طلبتْ نفقةً في نكاح المحارم .

ولو طلبتِ المجوسية النفقةَ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كالمحرم ؛ فإنها مُحَرَّمَةٌ في عينها .

والثاني : نعم ؛ لأنه لابدَّ للمجوس من الأنكحة . وهذا يشير إلى أنها مُحَرَّمَةٌ على المسلم خاصة [٢] .

ولو طلبتْ نفقةَ أختين في نكاح واحد ، فينبغي أن لا نحكم ؛ لأن المانع قائم مقارِنٌ ، [٣] وهو مخالفةٌ ظاهرةٌ للشرع [٣] ، بل القدْرُ المسَامَحُ به ، أن لا يُبْحث عما سبق من شروط أنكحتهم .

وإذا لم نحكم في هذه المسألة ، فهل يُفَرَّق بينهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، تَرْكًا للتعرض [٤] .

والثاني : نعم ؛ لأنهم أظهروا ذلك عندنا ، فصار كما لو أظهروا خمورَهم أرقْناها .

* * *

---

(١) يعني : القول بصحة أنكحة الكفار ، وهو الصحيح كما سبق .

(٢) قال في الروضة (٧ / ١٥٥) : « ولو نكح مجوسيٌّ مَحْرَمًا ، وترافَعا في النفقة ، أبطلناه ولا نفقةَ . ولو طلبت مجوسيةٌ النفقةَ من الزوج المجوسيّ أو اليهوديّ ، فوجهان - وكذا في تَقْريرهما على النكاح - :

أصحهما : التقريرُ والحكمُ بالنفقة ، كما لو أسلما والتزما الأحكام .

ووجه المنع : أنه لا يجوز نكاحُها في الإسلام » .

(٣) في (أ) : « وهو مخالفةُ ظاهرِ الشرع » .

(٤) وهذا الوجه رجحه إمام الحرمين . انظر الروضة (٧ / ١٥٥) .

الفصل الثاني

في أن يُسْلم الكافرُ على عدد من النسوة لا يُمْكِن الجمعُ بينهنّ

كما لو أسلم / على أختين ، أو على خمس نسوة (١) ، أو على امرأة وابنتِها ، أو على حرة ١٦٧/ب وأَمة ، أو على إماءٍ كثيرة . فهذه خمسُ صورٍ :

الأولى : أن يُسْلِم على أختين . فيختار إحداهما ، وتندفع الأخرى ، سواءٌ نكحهما في عقد واحدٍ أو في عقدين . فإن أسلمتْ معه واحدةٌ ، وتخلَّفتِ الأخرى : (٢اندفع نكاحُ المتخلِّفةِ ٢) ، إلا إذا كان بعد المسيس ، فإنه يُنْتظر إسلامُها قبل مُضِيِّ العدة (٣) . فإن أسلمت اختار إحداهما ، وإن أصرَّتْ اندفعت المصرّةُ . (٤ وهذا فيه إذا ٤) كانت المتخلفةُ وثنيةً أو مجوسيةً . فإن (٥) كانت كتابيةً فلا يندفع نكاحها بالإصْرار ، بل يجري الاختيارُ (٦ وإن أصررْنَ على الكفر ٦) .

الثانية : إذا أسلم على خمس نسوة فصاعِدًا : اختار أربعًا ، واندفعت الأخرى ، سواءٌ نكحهن في عقد واحد أو في عقود . وحكمُ انتظارِ إسلامِ المتخلفة منهنَّ كانتظارِ الأُخت .

الثالثة : أن يُسْلم على امرأة وابنتها : فإن كان قد (٧) دخل بهما ، فهما [مَحْرَمَان] (٨) ومُحَرَّمتان ، فلا تقريرَ عليهما ؛ (٩إِذْ وَطْءُ كلِّ واحدةٍ ٩) بالشبهة يُحَرِّم الثانيةَ بالمصاهرة . فإن

---

(١) قوله : « أو على خمس نسوة » ساقط من (أ) .

(٢) في الأصل : « اندفعت نكاح المتخلفة » . وفي (أ) : « اندفعت المتخلفة » والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « عدتها » .

(٤) في (أ) : « وهذا فيما إذا » وهو أليق .

(٥) في الأصل : « وإن » .

(٦) في (أ) : « وإنْ أصرَّتْ على الكفر » .

(٧) كلمة : « قد » ساقطة من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) . وتَعْني المحرميةُ جوازَ الخلوة به ، والنظرَ إليه ، والمسافرة معه كما سبق بيانُه .

(٩) في الأصل : « إذا وطىء كل واحدة » . وفي (أ) : « إذ تقرّر كل واحدة » .

لم يَدْخل بهما فقولان :

أحدهما : أنه يتخيَّرُ بينهما [١] كالأُختين .

والثاني : - وهو الأصحُّ ، واختيارُ المزني - أنَّ الأُمَّ تندفع ، ويبقى نكاحُ البنت ؛ لأن مجردَ نكاح البنت يدفع نكاحَ الأُمِّ ، ومجردَ نكاح الأمِّ لا يدفعُها . وأمّا الأختان فلا ترجيحَ لإحداهما [على الأخرى] [٢] .

وينبني هذا الخلافُ على قولَيْنْ [٣] في صحة أنكحتهم وفسادِها . وقولُ التخيير يُسْتمدُّ من قولِ الإفسادِ ؛ فإنه إذا انتفت الصحةُ لم يُعْهد نكاحُ البنتِ صحيحًا قبل الإسلام حتى يَدفعَ نكاحَ الأمِّ . لكن الخلاف محتملٌ دون هذا البناء ، بل هو محتملٌ فيما لو نكح المسلمُ امرأةً وأمَّها في عقد واحد ، إذ يحتمل أن ينعقد على البنت بهذا الترجيح [٤] كما لو جمع بين حرة مُسامِحة بالمهر وأَمَة ، وقد ذكرنا خلافًا في أنه ، هل ينعقد نكاحُ الحرة لترجيح جانبها ، بأنَّ نكاحَها يدفعُ نكاحَ الأمة ، ونكاحُ الأمةِ لا يدفعُها ؟ .

ثم قال ابنُ الحداد : وإن [٥] قلنا بالتخيير ، فَلِلْمفارِقةِ نصفُ المهر ؛ لأنها بانتْ باختياره . قال القفال : هذا بالعكس [أَوْلى] [٦] فإن التخييرَ بِنَاءٌ على القول بفساد أنكحتهم قبل الإسلام [٧] ، فتبينَّ باختيارها أنَّ نكاحَ الأخرى لم ينعقِدْ ، فلا مَهْرَ لها .

---

(١) كلمة : « بينهما » ساقطة من (أ) .

(٢) زيادة من (ب) . وهذا القول الثاني هو الأظهر عند الأكثرين من الشافعية كما قاله في الروضة (١٥٧/٧) . وانظر قول المزنيّ في مختصره ص (١٧١) .

(٣) في (أ) : « على القولين » .

(٤) في الأصل : « هذا الترجيح » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل ونسخة (أ) : « إن » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) قوله : « قبل الإسلام » ساقط من (أ) .

وإن عَيَّنَّا البنتَ ، فالأمُّ قد اندفعتْ بالإسلام ، فلها المهرُ . ويمكن أن يقال : إنها اندفعت بالمَحْرَمِيَّة ، ولا مهرَ للمحْرَم ، إنما المهرُ - على قول صحة أنكحتهم - للزائدات على العددِ الشرعيّ ومن لا يتَّصفُ بصفةٍ تُنَافي النكاحَ ، كالأختِ [(١)] والخامسة .[(٢)]

---

(١) مراده بالأخت هنا : أختُ زوجته ، فإذا طلَّق الرجلُ زوجته طلاقًا بائنا حَلَّتْ له أختُها وإن لم تنته عدةُ المطلقة ، كما سبق بيانُه وتفصيلُه .

(٢) قال الحموي : « قوله (رحمه الله) في نكاح المشركات : (الثانية : إذا أسلم على خمس نسوة فصاعدًا ، اختار أربعًا واندفعت الأخرى سواء نكحهن في عقد واحد أو عقود وحكمُ انتظارِ إسلامِ المتخلِّفةِ منهنّ كانتظارِ الأخت . الثالثة : أن يُسْلِمَ على امرأة وابنتها ، فإن دخل بهما فهما محرمان ومحرمتان فلا يُقَرَّر عليهما ؛ إذْ وَطْءُ كلٍّ واحدٍ بشبهة تحرم الثانيةَ بالمصاهرة ، وإن لم يدخل بهما فقولان :

أحدهما : أنه يتخيرَّ بينهما .

والثاني - وهو الأصح ، وهو اختيار المزني - : أن الأم تندفع ويَبْقى نكاحُ البنت ، لأنّ مجرد نكاح البنت يَدْفع نكاحَ الأم ، ونكاحُ الأم لا يدفع نكاحَ البنت . وينبني هذا الخلاف على القولين في صحة أنكحتهم أو فسادِها ، وقولُ التخيير مُشتمدٌّ من قول الإفساد ، فإنه إذا انتفت الصحةُ لم يعهد نكاحُ البنت صحيحًا حتى يدفع نكاح الأم ... إلى قوله : لأنها بانت باختياره قبل الإسلام . قال القفال : هذا بالعكس أولى فإنّ التخيير بناء على القول بفساد أنكحتهم قبل الإسلام فيتبين باختيارها أن نكاح الأخرى لم ينعقد فلا مَهْرَ لها ، فإنْ نفينا البنت فالأم قد اندفعت بالإسلام فلها المهر ، ويمكن أن يقال : إنما اندفعت بالمحرمية ولا مهر للمحرم ، وإنما القولُ بالمهر بناء على صحة أنكحتهم الزائدات على العدد ومَنْ لا يتصف بصفةٍ تنافي النكاحَ كالأخت . والخامسة) .

قلت : أما قوله : (الزائدات على العدد الشرعي) فهو كلامٌ حسن وقوله : (من لا يتصف بصفة تنافي النكاح) فَحَسَنٌ أيضًا . وقوله : (كالأخت والخامسة) إن أراد به أختَه متصفةً بصفة تنافي النكاحَ لكنه قد قال بعدها : (والخامسة من الزائدات على العدد الشرعي) وقد قدَّم ذِكْرَه . وإن أراد به نكاحَ الأخت على الأخت وهو الظاهر ، فلا معنى لقوله : (الخامسة) .

قلت : لا يمكن حَمْلُه على الأخت المحرمة عليه ؛ لأنه غيرُ مطابقٍ للكلام الذي قبله والذي بعده ؛ لأن الخامسة لا تنافي النكاحَ في صورة أخرى ، فعلى هذا يكون مرادُه الأختَ على الأخت ، فإنه إذا طلقَّ طلاقًا بائنًا عقد على الأخرى ، فعلى هذا تكون الخامسة في معناها لما تقدم قوله فيه في أول الفصل : (إن أسلم الزوجُ وتخلَّفت وأصرَّتْ فلا نفقة لها في مدة العدة ؛ لأنها بائنٌ فقد أساءت بالتخلف ، ولو أسلمت قبل العدة فالجديدُ : أنها لا تستحق النفقةَ لمدة التخلف ؛ لأنها ناشزة بالتخلف . وفي القديم : تستحق ؛ لأنها ما أحدثت شيئًا إنما الزوج أحدث تبديلَ الدين . وهذا ضعيف ؛ إذ لو ابتدأ الرجلُ سفرًا فتخلفت عنه سقطت نفقتُها ؛ إذ يجب عليها الموافقة وكذلك في =

أمّا إذا وطئ إحداهما ، نُظِرَ : فإنْ وطِئَ البنتَ ، حَرُمَتِ الأمُّ ، فصارت [١] محرّمة ، وتعيَّنت البنتُ عند الإسلام . وإنْ وطئ الأمَّ ، صارت البنتُ محرمةً واندفعتْ . وهل يبقى نكاحُ الأمِّ إذا أسلمتا ؟ إن قلنا : يصح نكاح الكفار ، فهي أيضًا صارتْ مَحْرَمًا [٢] بنكاح البنت فلا يبقى ، وإلا دَامَ نكاحُها .

الرابعة : أن يُسْلِم الحرُّ على إماء : فإن كان عاجزا عند [٣] الالتقاء في الإسلام ، اختار واحدة . ولو أسلم على ثلاث إماء ، فأسلمت معه واحدةٌ وهو مُعْسِرٌ ، ثم أسلمت الثانيةُ وهو مُوسِر ، ثم أسلمت الثالثةُ وهو معسِر ، وكلُّ ذلك قبل انقضاء عدَّتهنّ : اختار واحدةً من الأولى والثالثة ، واندفعت الثانيةُ . وهذا بناء على المذهب الصحيح في أنَّ اقتران اليَسَار بإسلام إِحداهما لا يدفع ، بخلاف العدة المقارِنة للنكاح ، وهذا على مخالفة البلْخيّ .

الخامسة : أن يُسْلم على حرة وإماءٍ . فإن أسلمن معه ، اندفع نكاحُ الإماء وتعينت الحرةُ . وإن أسلمْنَ معه وتخلّفتِ الحرةُ وأصرَّتْ ، أوْ ماتتْ قبل العدة : اختار واحدةً من الإماء إن كان عاجزًا عند الإسلام ، ولا يُعْتبر عجزُه عند الاختيار ؛ لأنه كالبيان لما قرره الإسلام ، فالنَّظرُ إلى حالةِ الإسلام . وإن أسلمتْ قبل انقضاء عدَّتها ، اندفع نكاحُ الإماء ؛ لأنه أسلم وتحته حرةٌ

= الإسلام ، لكن هذه مؤاخذة بحكم الإسلام فيجوز أن لا يؤاخذ به) .

قلت : « ما ذكره الشيخ من قوله : « ولكن هذه مؤاخذة بحكم الإسلام فيجوز أن لا يؤاخذ به .. » فيه اضطراب كما لا يخفى .

قلت : الظاهر أن هذا تصحيفٌ من الكاتب والناقل ؛ فإنه لا يقال : إن هذه مؤاخذة بحكم الإسلام ؛ حيث تأخر إسلامُها عنه كما في امتناع السفر معه .

وقوله : (فيجوز أن لا يؤاخذ به) فيه إشارة إلى أن المرأة أحسنت حيث أسلمت وإن تأخَّرتْ عنه مدة بخلاف امتناعها في السفر ، فذَكَرَ هذا ليؤكد به إبطالَ القول القديم في وجوب النفقة » مشكلات الوسيط (ق ١٤٢ / ب ، ١٤٣ / ب) .

(١) في (ب) : « وصارت محرمة » .   (٢) في (أ) : « محرمة » .

(٣) في الأصل : « عن » وفي (أ) ، (ب) : « عند » وهو الصواب ، والمعنى أنه إن كان عاجزًا عن نكاح الحرة لِفَقْدِه الطَّوْلَ ، فَيُتَاح له حينئذ نكاحُ الأمة ؛ فيختار واحدةً ممن أسلمْنَ معه .

استقرَّ نكاحُها ، ولا تجتمع الأمةُ مع حُرة [١] في النكاح وإن كانت كافرةً .

ولو أسلم مع الحرة وبَقِيَتْ - أو ماتتْ - وتخلَّفت الإماءُ ، اندفعَ نكاحهن ولا يُنْتظرْن ؛ لأنّه استقرَّ نكاحُ الحرةِ بإسلامها ، فلا معنى للانتظار . وكلُّ مَنْ يُنتظر إسلامُه ، فماتَ ولم يُسْلِمْ قبل انقضاء العدة ، فهو كما لو أَصَرَّ . وكذلك لو أسلم على واحدة ، ومات قبل إسلام الباقيات ، فالميراثُ للمسلمةِ ، ولا شيءَ للباقيات ؛ لأن التخلف إلى موته كالتخلف إلى انقضاءِ العدة ؛ إذ لا انتظارَ بعد الموت وانتهاءِ [٢] النكاح .

فَرْعٌ : ما ذكرناه من [أن] [٣] الحرة إذا تقدمت مع الزوج في الإسلام ، اندفع نكاحُ الإماءِ ولا يُنتظرن ، وذلك فيه إذا بَقِينَ على الرِّقِّ . فإن عَتَقْنَ ، ثم أسْلمنَ قبلَ العدةِ ، الْتَحَقْنَ بالحرائرِ الأَصْليات ، حتى لو لم يكن تحته حرةٌ ، فأسلم على إماء وتخلفن ، ثم عَتَقْنَ وأسلمن : اختار أربعًا منهن . ولو أسلم على إماء ، وتخلفت واحدةٌ وعتقت ، وأسلمت قبل انقضاءِ العدة تعيَّنتْ للنِّكاح .

والمقصودُ أنَّ طُرْآنَ [٤] الحريةِ قبل الاجتماعِ في الإسلام : يُلْحِقُها بالحرائرِ الأصليَّات .

ولو أسلم على أَمَتَيْنِ وتخلَّفت أمتانِ ، فعَتَقَتْ واحدةٌ من المتقدمين / ثم أسلمت المتخلفتان ١٦٨/أ رقيقتيْنِ : اندفع نكاحُهما ؛ إذ تحت زوجهما عتيقةٌ . أمّا المتقدمة الرقيقة فلا [٥] تندفع ؛ لأن عِتْق الأخرى كان بعد اجتماعهم [٦] في الإسلام ، فلا يؤثر في دفْعها ، بل يختارُ إحدى [٧] المتقدمين [٨] .

* * *

(١) في (أ) : « الحرة » .

(٢) كتبت في الأصل هكذا « انتهى » . وفي (أ) ، (ب) : « انتهاء » كما هو المثبت .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) طُرْآن : مصدر للفعل « طرأ » يقال : طرأ يطرأ طرآنًا : أي حصل بغتةً ، فهو طارئ . انظر في ذلك المصباح المنير (٢ / ٥٦٨) مادة (ط ر أ) .

(٥) في الأصل : « لا تندفع » والصواب دخول الفاء هنا كما سبق بيانه .

(٦) في (أ) : « اجتماعهما » .

(٧) في الأصل : « أحد » .

(٨) في (ب) : « المقدمتين » .

الفصل الثالث
في حكم العبيد والإماء ، وطُرْآن العتق عليهم

وله طرفان :

الأول
في العبيد

ومهما أسلم العبدُ على إماء أو حرائرَ - أو إماءٍ وحرائرَ - اختار اثنتين ؛ لأنّ الحرة في حقّه كالأمة . نعم ، إذا أسلم مع حرة ، فهل لها الخيارُ ؛ لِرِقِّه ؟ القياس أنه لا يثبت ؛ لأنها رَضِيَتْ بِرِقِّه أوّلًا . واختار المزنيُّ ثبوتَ الخيار ، كما إذا عَتَقَتْ تحت عبد ، وكأنَّ حكمَ حريتها ، إنما يثبت بالإسلام ، فيكون كالحرية الطارئة [1] . والمقصودُ : بيان طرآن العتقِ عليه ، وذلك لا يؤُثر إن كان بعد الإسلام . وإن كان بين الإسلام مين يؤثر ، حتى لو أسلمنَ وتخلَّف وعَتَقَ ، ثم أسلم فيختار من الحرائر أربعًا ، ويرجع في الإماء إلى واحدة . وإن أسلم ، وأسلمتْ معه حُرَّتانِ ، ثم عَتَقَ ، فأسلمت الباقياتُ من الحرائر : فلا يزيد على اثنتين ؛ لأنه صادَفَ كمالَ عددِ العبد [2] قبل الحرية .

ولو أسلم مع واحدة ، وعتق [3] وأسلمت الباقيات : اختار أربعا ؛ لِطُرْآن العتق قبل كمال عدد العبيد . وشبّهوا هذا بمسألتين :

= قال ابن الصلاح : « قوله : (والمقصود أن طُرْآن الحرية ... إلى قوله : بل يختار إحدى المتقدمتين) قلت : استقر الرأيُ - بعد البحث والتنبيه على الشيخ الغزالي (رحمه الله) - بأنه سَاهٍ في هذه المسألة على المذهب ، هاهنا وفي « البسيط » و « الوجيز » . وصوابُه أنه لا يندفع نكاح المتخلفتين ؛ لأن عِتْقَ إحدى المتقدمتين كان بعد اجتماعهما مع الإسلام ، والقاعدةُ المقررةُ : أن مثل هذا العتق لا يجعلها كالحرائر ، بل يَبقى حكمُها حكمَ الإماءِ في حقها ، وفي غيرها » . شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩١ / أ) .

(١) انظر اختيار المزني في « مختصره » ص (١٧١ وما بعدها) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « العبيد » . والمقصود أن العدد المباح له شرعًا قد تمَّ ، وهو ألا يتزوج أكثر من اثنتين ، خلافًا لمالك (رحمه الله) كما سبق بيانه .

(٣) قوله : « وعتق » ساقط من (أ) .

إحداهما : العبدُ لو استوفى طلقتين من زوجته ، ثم عتق : لم ينكحها . ولو استوفى طلقةً [(١] ثم عتق ، نكحها وملَك عليها طلقتين [١)] .

الثانية : الأمة لو عَتَقَتْ في يوم قَسْمها [(٢)] ، استوْفت مُدَّةَ الحرائر . ولو عَتقتْ متصلا بآخرِ مدتها : اقتصرتْ .

فرع : لو أسلم على أربع إماء ، فأسلمتْ معه ثِنْتان ، فعتق ، ثم أسلمت الأخريان : جازَ له اختيارُ ثِنْتَيْنِ [(٣)] ؛ لأنه تمَّ [(٤)] له عدد العبيد قبل العتق ، فلا يجب عليه الرجوع إلى واحدة . ولكنه هل تتعينّ الأُولَيَان أم لا ؟ قال الإمام [(٥)] : « لا تتعين ، بل هو كما أسلم حرٌّ على أربع إماء ، فأسلمن على التوالي ، وطُرْآنُ الحرية ، لا يزيد على الحرية الأصلية » . وقال الفوراني [(٦)] : لا يجوز له اختيار الأُخريين ؛ لأنه اجتمع بهنَّ في الإسلام [(٧)] وهو حُرّ ، فكيف يجمع بينهما ، ويختار الأُولين [(٨)] ؟! .

وهل يختار واحدة من الأولين وواحدةً من الأخريين ؟ فيه وجهان [(٩)] . وتوجيهُ الجوازِ أن الحريةَ تمنعُه من الجمع بين الأخريين ، ولا تمنعُه من أصل العدد ؛ فيختارُ واحدةً منهما ، وواحدةً

---

(١) في (أ) : « ثم عتق ونكحها ، ملك عليها طلقتين » .

(٢) مقصوده : أن الأمة يَقْسِم لها زوجُها نصفَ قَسْمه للحرة ، فلو بات عند الحرة ليلتين ، بات عند الأمة ليلةً ، فإذا أصبحت الأمةُ عتيقةً يوم نوبتها كان لها ليلتان .

(٣) في (ب) : « اثنتين » .

(٤) كلمة : « ثَمَّ » ساقطة من (ب) .

(٥) المقصودُ « بالإمام » عند الشافعية : إمامُ الحرمين ، أبو المعالى الجوينى ، وقد سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٧) من قوله : « وطُرْآن الحرية ... إلى قوله ... في الإسلام » ساقط من (أ) .

(٨) والصحيح ما قاله الفوراني . انظر الروضة (٧ / ١٦٤) .

(٩) صحح في الروضة وجه المنع بقوله : « ولا يجوز اختيار واحدة من الأولين ، وواحدة من الأخريين على الأصح » . الروضة (٧ / ١٦٤) .

من الأُولِيين . و[قد](١) قال القاضي حسين(٢) : لو أسلم على اثنتين ، فأسلمتْ معه واحدةٌ ، ثم عَتَقَ فأسلمت الثانيةُ لا يختار إلا واحدةً ؛ لأنه عتق قبل كمال العدد ، ولكن قال : « تتعين الأُولى »(٣)وهذا لا وَجْهَ له أصلًا .

الطرف الثاني(٤)

في عتقهنّ

وتأثيره في إلحاقها بالحرائر مهما تقدم على الاجتماع في الإسلام . ويظهر أثرُه في إثبات الخيار لها إذا كانت تحت عبْدٍ ، ويكون خيار العتق على الفَوْر . لكنها لو أسلمت وعتقت ، فلها ألا تُبَادِرَ الفسخ ؛ فإن الزوج ربما يُصِرُّ فتستغني عن هذا الفسخ ، وكذلك الرجعيّة إذا عتقت ، لها التأخير إلى انقضاء المدّة(٥) ؛ فإنّ هذا عُذْر في التأخير . ولو فسخت قبل إسلام الزوج : نفذ ، ولا فائدة له إن أَصَرَّ الزوج . وفائدتُه(٦) ، (٧ إنْ أسلم الزوج ٧) ، تظهر في قُصور مُدة العدة ؛ إذ لو أَخَّرَتْ وأسلم الزوج وفسخت ، طال عليها الانتظارُ . ولا نقول : فسخها موقوف على إصرار الزوج فلا يَنْفُذ ؛ فإن الفسخ(٨) جنس واحد ، فلا يمتنع بإمكان فسخ آخر ، بخلاف ما إذا كان(٩) تحته حرة وإماءٌ ، فأسلمن وتخلّفت الحرة ، واختار واحدةً من الإماء ، ثم ماتت

---

(١) زايادة من (أ) .

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣) في الأصل : « لا تتعين الأولى » وهو خطأ ، والصواب « تتعين الأُولى » كما ثبت في نسختي (أ) ، (ب) .

ويدل على ذلك تعقيب الإمام الغزالي على هذا القول بقوله : « وهذا لا وجه له أصلًا » ويدل على ذلك أيضًا قول المتولي – كما في الروضة – : « إن الإمام حكى عن القاضي – يعني القاضي حسين – أن الأولى تتعين ، وعن سائر الأصحاب أنه يختار واحدة من الجملة . قال : وقول القاضي هفوةٌ منه » . انظر الروضة (٧ / ١٦٤) .

(٤) في الأصل : « الفصل الرابع » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « العدة » وهو أوضح .

(٦) في (أ) : « وفائدتها » .

(٧) في (أ) : « إن لم يُصِرّ الزوج » .

(٨) في (أ) : « الفسوخ » .

(٩) في (أ) : « بخلاف ما إذا أسلم » .

المتخلِّفة [١] أو أصرَّتْ ، فإن صِحَّةَ الاختيار تنبني على وقف العقود ؛ لأنها لو أسلمت لبطل اختيارُه ؛ لاندفاعِ نكاح الإماء ، وهو أولى بالصحة من العقود ؛ لأنه ليس ابتداءَ عقدٍ .

نعم ، [لو أسلمت امرأة] [٢] ، وتخلّف الزوجُ ، ونكح أختَها ، ثم أسلم وأسلمت يُخَيَّر بينهما ؛ لأنه جرى في حالة الشرك .

ولو أسلم أوّلًا ، ونكح أخت المتخلفة ، وأسلمت [٣] المتخلفة : بطل النكاح الذي جرى في الإسلام ؛ لأنها طارئة بعد الإسلام . فلو أصرَّت المتخلفةُ ، انبنى صحةُ نكاح الأخرى على القولينْ فيما لو باع مالَ أبيه ، ولم يَدْرِ أنه ميّتٌ ، فإذا [٤] هو ميت .

فأمَّا إذا أسلمت وعتقت ، وأجازت قبل إسلام الزوج ، بطلت الإجازةُ ، وبَقِيَ حقُّها في الفسخ ؛ إذ ليس لها [٥] المقام تحت كافر، فلا حكمَ لإجازتها في الحال .

ولو عتقت الرجعية وفَسخت ، نَفذ . وإن أجازت فوجهان . والفرقُ : أنّ إجازتها تفيد الزوجَ سلطانَ الرجعة ، وهو من مقاصد النكاح . ولا يمكن أن يقال : إجازتُها تحت الكافر تُفيدُه [٦] سلطانَ الإسلام ؛ فإن ذلك لا يُستفاد من الغير .

* * *

---

(١) في (ب) : « الحرّة » والمعنى واحد ؛ لأن المتخلفة - في هذا المثال - هي الحرة .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « ثم أسلمت » .

(٤) في (ب) : « فإذن » وهو خطأ واضح .

(٥) كلمة « لها » ساقطة من (أ) .

(٦) في (أ) : « تفيد » .

الفصل الرابع [1]

في الاختيار وحكمه

والكلام في طرفين :

أحدهما : في وجوب الاختيار . فإذا أسلم على ثمانية مثلا ، فعليه تعيينُ أربعة ، فإن امتنع ، فعليه الإنفاقُ على الجميع في مُدّة الحبْس ، وللقاضي أن يحبسه ليُعَيِّنَ ، فإن أصرَّ عزَّره [2] ، وكذا [3] كلُّ قادر على أداء حقٍّ إذا أصرَّ ولم ينجع فيه الحبْس / فينبغي أن يُعَزَّر . ١٦٨/ ب

ويُمْهَل [الزوج] [4] ثلاثةَ أيام للنّظر والتأمُّل ، ولا يختار القاضي عنه إذا أصرَّ ، وإن قلنا في قولٍ : إن القاضي يطلِّق زوجةَ المُؤْلي [5] ؛ لأن هذا أمرٌ مَنُوط بالرؤية ولا يَقْبل النِّيابة .

ولو [6] مات قبل التَّعَيُّنِ [7] ، فعلى كلِّ واحدة الاعتدادُ بأقْصى الأجلَيْن ؛ للاحتياط [8] ،

---

(١) في الأصل « الفصل الخامس » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) التعزير : الردّ ، والردع وهو المنع . وفي الشرع : هو التأديب بما دون الحدّ ، أو هو : ما يقدره القاضي من العقوبة على جريمة لم يَرِدْ في الشرع عقوبةٌ مقدرة عليها . وسُمّي التأديب الذي دون الحدّ : تعزيرًا ، لأنه يمنع الجاني من معاودة الذنب . ثم قد يكون التعزير بالحبس أو الصفع ، أو الكلام العنيف أو النظر العبوس ، أو غير ذلك مما تقتضيه حالةُ المعزَّر . انظر : مختار الصحاح ص (٤٢٩) مادة (ع ز ر) . أنيس الفقهاء (١٧٤) . معجم لغة الفقهاء ص (١٣٦) .

(٣) في (أ) : « وكذلك » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) المؤلي : اسم فاعل من « آلى ، يُؤْلي ، إيلاءً » : أي : حلَف . وهو في الشرع أن يحلف الزوج على ترك قربان زوجته مطلقًا أو مدة تزيد على أربعة أشهر . انظر : المصباح المنير (١ / ٣٥) مادة (أ ل ى) . أنيس الفقهاء ص (١٦١) .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « التعيين » .

(٨) انظر الروضة (٧ / ١٦٩) . المنهاج ص (١٠٠) .

ويُوقَف لهنّ من الميراث الربع أو الثمن كاملًا [١] إلى أن يَصْطلِحْنَ ، وإن كان فيهن طفلةٌ [٢] : لم يرضَ وليُّها إلا بُربُع الموقوف [٣] .

ولو جاءت أربعٌ منهن ، لم نُسَلِّم إليهنّ شيئا ؛ فلعلّهن المفارِقات . [٤] وإن جاءتْ خمسة [٤] ، سلّمنا إليهنّ ربع [٥] الموقوف ؛ لأنه المستيقن ، ولا نزيد في التسليم على المستيقن . وحُكِي عن ابن سريج [٦] أنه قال : يُوزّع على جميعهن بالسَّويَّة ؛ إذِ التوقفُ عند انتظار البيان ، أو عند اختصاص البعض بفُرقةٍ اشتبهت علينا ، كما إذا قال : إن كان هذا غرابًا فعمرة طالقٌ [٧] ، وإن لم يكن فزينبُ طالقٌ ، فإن المطلَّقة في علم الله واحدة ، واشتبهت علينا ، [٨] وهاهنا هُنّ متماثلاتٌ قطعًا [٨] . وهذا مُتَّجهٌ جدًّا .

فرع : لو أسلم على ثمان كتابيّات ، وأسلمت [٩] أربعٌ : فيختار مَنْ شاء من الكتابيات أو

---

(١) كلمة : « كاملًا » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « صغيرة » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا أسلم على ثمان ، ومات قبل الاختيار والتعيين : (يُوقف لهن من الميراث الربعُ أو الثمن .. إلى قوله : إلا بربع الموقوف) وهذا ذكره في « البسيط » وعلَّل بأنه أكثر ما يُفرض لها . وهذا خلافُ مذهبِ الشافعيّ وأصحابه ، وخلافِ الدليل . وصوابُه أن يُقال : (لا يرضى بأقلّ من الموقوف اعتبارًا بعددهن ، وتساويهن في الاستحقاق) . والذي نقله شيخُه في « النهاية » قال : قال الشافعي : « لو كان فيهن طفلة ، فليس لوليها أن يرضى لها – إذا طَلَبْنَ الاصطلاحَ – بأقلَّ من ثمن الوقوف . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩١ / ب) وانظر روضة الطالبين (٧ / ١٧٠) .

(٤) في (أ) : « فإن جاء خمس » .

(٥) في (ب) : « الربع » .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٧) في (ب) : « طالقة » .

(٨) في الأصل : « وهاهنا هُنَّ في المتماثلات قطعا » .

(٩) في (أ) : « وأسلم » .

المسْلِمات . فلو مات قبل البيان ، (١ لا نَقِفُ لهنَّ شيئا ١) من الميراث ؛ إذ كان يُحْتمل أن يختار الكتابيات [فلا يَرِثْنَ] (٢) ولا يرث الجميعُ ، فلم يحصل حقُّ الزوجية بتعيين (٣) .

ولو نكح مسلمةً وكتابيةً ، وقال : « إحداكما طالقٌ » ومات قبل البيان (٤ لا نقف أيضًا شيئًا ؛ للشّكّ ٤) في أصل الحق .

الطرف الثاني :في ألفاظ الاختيار . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : « اخترتُ هذه الأربعَ للزوجيّة » تعيّنت الباقياتُ للفسخ . ولو قال : « اخترتُ هذه للفسخ » أو « هذه للفسخ » - دون لفظ الاختيار - نَفَذَ . ولو كُنَّ ثمانية ، فطلّق أربعًا منهن ، فهو تعيينٌ للنكاح ونفذ الطلاقُ ، واندفعت (٥) الأخرياتُ بالفسخ . وليس لفظُ « الإيلاءِ » و « الظِّهارِ » كلفظ الطلاق ؛ فإنَّ ذلك مما يخاطب به الأجنبيات والأزواج جميعًا .

(٦ ولو قال : « فسختُ نكاحَ هذه الأربعة ٦) » ، (٧ وفسّر التعيين بالفراق ٧): نفذ ، ولو فسَّر بالطلاق : قُبِلَ ، ومُطْلَقُه يُحْمل على التعيين للفراق .

الثانية : لو قال : « من دخل الدار فقد اخترتُها للنكاح » : لم يصحّ ؛ لأنّ الاختيار لا يَقْبل التعليق . ولو قال : « هي طالق » (٨) نفذَ الطلاقُ وحصل الاختيار ضِمْنًا . ولو قال : « فهي مفسوخة النكاح » وأراد الفراقَ : لم ينفذ ، وإن فسّر بالطلاق نفذ الطلاق ، وحصل التعيين ضمنًا .

---

(١) في (أ) : « لا يوقف لهن شيء » .

(٢) قوله : « فلا يرثن » زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بتيقن » .

(٤) في (أ) : « لا يَوقف أيضًا للشك » .

(٥) في (أ) : « واندفع » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ولو قال : عَيَّنتُ هذه الأربعةَ » وهو صواب أيضًا ، ويدلّ على ذلك قوله : « وفسّر التعيينَ بالفراق » . وانظر روضة الطالبين (٧ / ١٦٦) .

(٧) في الأصل : « وفسّر بالتعيين للفراق » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « فهي طالق » .

الثالثة : لو وطئ واحدةً ، هل يكون تعيينًا للنكاح ؟ فيه خلافٌ [1] ، كما لو قال : إحدا كما طالقٌ ، ثم وطئ إحداهما .

الرابعة : إذا أسلمت أربعٌ ، وتخلَّفت [2] أربع ، فاختار المسلمات : نفذ ، واندفعت المتخلِّفات . وإن فسخ نكاح المسلمات - والمتخلفاتُ وثنياتٌ - لم ينفذ ؛ لأنَّ من ضرورته تقريرَ نكاح الوثنيات ، وربما أصْرَرْنَ فيتعذَّرُ ذلك ، وفائدتُه أنهنّ إذا أسلمن ، استأنف اختيارَ مَنْ شاء منهن . وفيه وجهٌ : أنه يُبْنَى على الوقف ، فإن أصررن تبينَّ بطلانُ فسخه ، وإن أسلمن نفذ ، وليس هذا كما لو باع خمرًا ، فإنه لا يصير موقوفا على أن يصير خَلًّا ؛ لأن الخمر لا يقبل العقد ومهما أسلمت الوثنيّات كان العقد . مستندا إلى ما سبق . وإن اختار المتخلفات للفسخ ، نفذ قطعًا ؛ لأن التقرير يلائم المسلمات . وإن اختار المتخلفات للنكاح ، لم ينفذ إلا على وجه الوقف . وهو بعيد .

نعم ، لو طلقهن ثم أسلمن ، فهل نتبَيّنَّ نفوذ الطلاق ؟ فيه خلاف ظاهر ؛ لأن [3] الطلاق يقبل التعليقَ ، فلا يبعد فيه الوقف أيضًا .

الخامسة : لو قال : « حصرتُ المختاراتِ في سِتٍّ » : صَحَّ ، وتعينّ الباقيات للفسخ إلى أن يُتمم [4] الاختيار .

السادسة : لو أسلمت الثمانيةُ على ترادف ، وكان يخاطب كلَّ مسلمة بالفسخ : تعينَّ للفراق الأربعةُ الأخيرةُ ؛ فإن المسلمات السابقات يُمكن فيهن التقرير . وعلى الوجه البعيد : [5] يتعين للفراق الأربعةُ الأولى بطريق الوقف [5] .

* * *

---

(١) المذهب عند الشافعية أن الوطء لا يكون اختيارًا للموطوءة . انظر الروضة (٧ / ١٦٧) .

(٢) في (أ) : « وتخلف » .

(٣) في (ب) : « ولكن » . (٤) في (أ) : « يتمّ » .

(٥) في (أ) : « يتعين للفراق الأربع الأُوَل بطريق الفسخ » .

الفصل الخامس (١)

في النفقة والمهر (٢)

فنقول : إن أسلم الزوج أوّلا ، وتخلفت وأصرت ، فلا نفقة لها في مدة العدة ؛ لأنها بائنةٌ ، وقد أساءت بالتخلُّف . ولو أسلمت قبل [انقضاء] (٣) العدة ، فالجديدُ : أنها لا تستحق النفقة لمدة التخلف ؛ لأنها ناشزة بالتخلف (٤) . وفي القديم : تستحق ؛ لأنها ما أحدثتْ شيئًا ، إنما الزوجُ أحدثَ تَبْديلَ الدِّين . وهذا ضعيفٌ ؛ إذ لو ابتدأ الرَّجل (٥) سفَرًا ، فتخلّفت : تسقط (٦) نفقتُها ؛ إذ يجب عليها الموافقةُ ، فكذلك في الإسلام . لكن هذه مُؤَاخذة بحكم الإسلام ، فيجوز أن لا تُؤَاخَذَ به [هاهنا] (٧) .

فأما إذا سبقت المرأةُ ثم أسلم قبل [انقضاء] (٨) العدة ، فالمذهب أنها تستحق النفقة ؛ لأنها أحسنتْ بالإسلام (٩) . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنها لا تستحق ؛ لأنها أحدثت شيئًا مانعًا من الاستمتاع . ولو أصرَّ الزوج فوجهان (١٠) . والقياس أنها لا تستحق ؛ لأنها بائنة .

قال القاضي (١١) : مأخذُ الترددِ أنها ، هل هي كالرجعية ؛ إذ الزوج قادرٌ على تقرير النكاح

---

(١) في الأصل : « الفصل السادس » وهو خطأ .

(٢) في (أ) : « في المهر والنفقة » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) انظر القول الجديد في الأم (٥ / ٤٦) .

(٥) كلمة « الرجل » ساقطة من (أ) .

(٦) في (أ) : « سقطت » وفي (ب) : « سقط » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) انظر القول الجديد في الأم (٥ / ٤٦) . الروضة (٧ / ١٧٢) .

(١٠) قال في الروضة : « وإن أصر حتى انقضت العدة ، استحقت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور ، وهو المنصوص في المختصر » . روضة الطالبين (٧ / ١٧٢) . وانظر مختصر المزني ص (١٧٢) .

(١١) إذا أطلق لفظ « القاضي » عند الشافعية فالمراد به القاضي حسين (رحمه الله) المتوفى سنة (٤٦٢) هـ . وقد سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

عليها » ؟ وهذا / بعيد ؛ لأنا نتبينُّ بَيْنُونَتَها . وكذلك لو طلقها وأصرّ ، لم ينفذ بخلاف الرجعية . ١٦٩/ب

ثم إن صح هذا القياسُ ، فلو سبق الرجل ، وتخلفتْ [المرأة] [1] فلم يَبْقَ للزوج عليها قدرةٌ ، فينبغي أن تُلْحق بالبائنة قطعًا .

فرعان في الاختلاف :

أحدهما : إذا قضينا بأنها لا تستحق النفقة في مدة التخلف . فلو تنازعا ، فقال : تخلفتْ عنِّي عشرين يومًا ، وقالت : بل عشرة ، فالقولُ قولُه ؛ إذ ثبت النُّشوزُ فعليها إثباتُ الزوال .

ولو تنازعا في السبق فقال : سبقتُ ، وسقط [2] حقُّكِ مدة التخلف ، وقالت : بل سبقتُ أنا ، فالقولُ قولُها ؛ لأن النفقة ثابتةٌ ، فعليه إثباتُ المسْقِط إلا إذا اتفقا على أن إسْلامه كان أولَ الاثنين ، فقال الرجل : « أسلمتْ بعدي » ، وقالت : بل قبلَك ، فالقولُ قولُه ؛ لأن الأصل استمرارها على الكفر .

الثاني : لو قالت : أسلمتَ أنتَ أولًا قبل المسيس ، ولي نصف المهر ، وقال : بل أسلمتِ أنتِ أوّلًا ولا مهرَ لك ، فالقول قولُها ؛ لأن الأصل ثبوتُ المهر .

ولو تنازعا في بقاء النكاح ، فقال : أسلمنا معًا ، والنكاحُ باقٍ . وقالت : بل على التعاقب ، فالأصلُ بقاء النكاح ، ولكن التوافق في الإسلام نادر ، فَيُبْنَى على ، أنّ المدَّعَى [3] ، مَنِ الظاهرُ معه - وهي المرأة هاهنا - ، أو مَنْ لا يُخَلَّى وسكوته [4] ، وهو الرجل ؟ ....

(١) زيادة من (أ) ، (ب) . (٢) في الأصل : « سقطت » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « المدّعى عليه » وهو أوضح ؛ لإزالة الإشكال بسبب عدم الضبط . وقد تُعُقِّب الغزالي على هذا - أعني في قوله : « المدَّعَى » - وقد ردّ الحمويّ على هذا التعقب بقوله : « المدَّعَى : هو بفتح العين ، وتركَ كلمة « عليه » اكتفاءً بفتحة العين في نسخته ، لكنها لم تُنْقل . ثم إن هذا الاستعمال جائز عند الكوفيين » . ا . هـ انظر منتهى الغايات في مشكلات الوسيط للحموي . ق (١٤٤ / أو ما بعدها) .

(٤) في نسخة أخرى « أو من يخلى وسكوته » كذا على هامش نسخة (ب) ، وهو خطأ . ومعنى قوله : (لا يخلى وسكوته) أننا نطالبه بالبينة إذا أقيمت عليه دعوى صحيحة ؛ وذلك لأنه مطلوب لا طالب ، وهذا بخلاف المدّعي ، فإننا لا نطالبه بالبينة إذا ترك الخصومة ولا يجبر على إظهارها ؛ وذلك لأنه طالبٌ لا مطلوب . كما سيأتي تفصيله إن شاء الله في « الدعاوى والبينات » .

وفيه قولان [1] .

* * *

(١) وفي حدّ المدّعِي قولان :

أحدهما : أنه الذي يُخَلَّى وسكوتَه .

والثاني : أنه الذي يدعي أمرًا خفيا على خلاف الأصل .

والقول الثاني هو الأظهر عند الجمهور ، فالمدعي : منْ يدعي أمرًا خفيًا يخالف الظاهر ، والمدعى عليه : هو مَنْ يوافق قولُه الظاهرَ . انظر : الروضة (١٢ / ٧) . المنهاج ص (١٥٥) . الغاية القصوى (٢ / ١٠٩٩) .

قال الحموي : « قوله : (المرأة إذا أسلمت قبل وجوب العدة فالمذهب : أنها تستحق النفقة ؛ لأنها أحسنت بالإسلام . وفيه وجه بعيد : أنها لا تستحق ؛ لأنها أحدثت شيئًا مانعًا من الاستمتاع ، ولو أصر الزوج فوجهان . والقياس : أنها لا تستحق ؛ لأنها بائنٌ . وقال القاضي : مأخذ التردد : أنها هل هي كالرجعية إذ الزوج قادرٌ على تقرير النكاح عليها . وهذا بعيد ، لأنا نتيقن بينونتها فكذلك لو طلقها ... إلى قوله : (الثاني : لو قالت : أسلمت أولًا قبل المسيس فلي نصف المهر : فقال : بل أسلمت أولًا فلا مهر لك . فالقول قولها ؛ لأن الأصل ثبوت المهر .

ولو تنازعا في بقاء النكاح فقال : أسلمنا معًا فالنكاح باقٍ . وقالت : بل على التعاقب . فالأصل بقاء النكاح ولكن التوافق في الإسلام نادر فينبني على أن المدعي مَنِ الظاهرُ معه - وهو المرأة هنا - أو من يُخَلَّى وسكوتَه وهو الرجل ؟ وفيه وجهان) .

قلت : إذا قلنا : إن المدعي مَنْ يدعي أمرًا خفيًا ، فالمدعى هنا الزوج فتصدَّق المرأةُ بيمينها ؛ لأنه يدعي ما هو نادر . وإن قلنا : إن المدعي مَنْ يُخَلَّى وسكوته ، فالمدعية هي المرأة ؛ لأنها إذا تركت الدعوة تخلى عليه ، والمصدق هو الزوج ؛ لأنه لو سكت لا يخلى بل يؤاخذ بمُؤَنِ النكاح . وإذا كان كذلك لم يصح أن يقول : (فيبنى على أن المدعى من الظاهر معه) فإن المدعى عليه من الظاهر معه ثم قال : (وهو المرأة هاهنا) وهذا غير مطابق لحد المدعي ، بل المرأة هنا المدعى عليها ، فإن الظاهر أن إسلامهما على التعاقب . وقوله : (أو من يخلى وسكوته وهو الرجل) فليس كما ذكر فإنه هنا لا يخلى وسكوته فيكون هو المدعى عليه ، والإشكال أقوى .

قلت : « أمكن أن يجاب عنه فيقال : ليس مرادُه بقول : (المدعي) وإنما مراده بقول : (المدَّعَى) بفتح العين دون كسرها وحَذَف « عليه » وبقيت لفظة « المدعَى » مفتوحة العين على ما كانت عليه وهو جائز في اللغة عند الكوفيين ، ولا يبعد جوازُه عند البصريين ، فإنه لما ذكر هذه المسألة في موضع آخر فقال : (المدعى عليه) ، حذف « عليه » هنا ؛ استغناءً بذلك لاسيما واللفظ يدل عليه بسبب فتح العين ، فصار هذا كحَذف فاعل بئس ونعم =

....

= لدلالة النكرة عليه ، وكذلك هنا ، فعلى هذا يكون المدعى عليه مَنْ الظاهر معه . إذا ثبت هذا فيكون « أو من يخلى وسكوته » المراد به « المدعى » في غير مسألتنا ، ويكون على هذا التقدير المدعى عليه هو الزوج ، وقد أتى بالفرق بين المدعي والمدعى عليه ، وهو الأول وبيِّنٌ المدعى في غير مسألتنا ، ويلزم منه أن يكون الزوج هو المدعى عليه في مسألتنا ، وبه خرج الجواب ، وهو على حسب الإمكان .

والتحقيق أن هذا التصرف وقع من بعض الفقهاء ليقع التناسبُ بينها وبين مسألة الدعوى والبينات ، فإن الظاهر عندي أنه كان في الأصل : (فقالت : أسلمنا معًا . وقال : بل على التعاقب) ، فحذف بعض الفقهاء « الباءَ » من الأول وأثبتها في الثاني ؛ كما في الدعوى والبينات ؛ ليتساويا في المثال ، يلزم منه ذلك المحذور ، وهما مسألتان متغايرتان في الحكم لاختلاف الدعوى في الموضعين ، فإن الحكم لدوران العلة ، فإن كل من ادعى منهما الإسلامَ معًا ، فهو مدعٍ ، ومن ادعى التساوق فهو مدَّعًى عليه ، وقد ذكر صاحب النهاية المسألتين في النكاح ، وجعل تعليلهما واحدًا ، وبه خرج الجواب .

وأما نقلُ الشيخ عن القاضي : أن المرأة تبقى كالرجعية [... إلى آخره ، فإن ذلك مشكل ، فإن القاضي لا يقول : إن المرأة تبقى كالرجعية عند سبق إسلام الرجل المرأة ، والفرقُ عسيرٌ » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٣ / ب - ١٤٥ / أ) .

القسم الرابع من الكتاب [١]

في موجبات الخيار

وأسبابُ الخيارِ أربعةٌ [٢]:

العيب .

والغرور [٣] .

والعتق .

والعنة [٤] .

---

(١) يعني من كتاب « النكاح » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأسباب الخيار أربعة) ذكَر العيبَ والعنة ، ولم يجعلْها ها هنا من العيوب ، ثم قال عقيبه في بيان الموجب للخيار : (العيوبُ المتفق عليها - يعني بين الأصحاب - خمسةٌ ، اثنان يختص بهما الزوج ، وهما الجَبُّ والعُنّة) فها هنا جَعَل العنةَ من العيوب . وذلك منه غيرُ جيدٍ ، والعذرُ في ذلك : أن التَّعْنين - وإن كان في الحقيقة من أقسام العيب - إلا أن الكلام فيه يطول ، فاقتضى غرضُ التصنيفِ إفرادَه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩١/ب وما بعدها) .

(٣) المقصودُ بالغرور هنا : الخديعةُ ، كأن يشترط الزوجُ - فيمن يريد الزواج منها - البكارةَ مثلًا ، أو أن تكون حافظة لكتاب الله تعالى ، أو غير ذلك من الشروط ، ثم لا يكون ذلك متوفرًا فيها ، فعند ذلك يثبت له الخيارُ . وكذلك إن اشترطت الزوجة فيه شرطًا ، فيكون غَيْرَ ذلك . انظر : المصباح المنير (٦٨٢/٢) مادة (غ ر ر) .

(٤) العُنَّة : هي العجز عن الوطء لعدم انتشار الذكر . وقد يكون ذلك بسبب مرضٍ ، أو كِبَرِ سِنٍّ ، أو حادثٍ ، أو سحرٍ ، أو نحو ذلك من الأسباب . وقد يكون العجزُ عن البكر لا الثيب ، وقد يكون عن امرأة - من نسائه - بعينها . والصوابُ أن يُقَال : التعنين ، لا العنة ؛ فإن « العنة » هي الحظيرة من الخشب تُجعل للإبل والغنم تُحْبَس فيها . انظر مادة(ع ن ن) في . تصحيح التنبيه ص(١٠٥) . التعريفات للجرجاني ص(١٥٨) . القاموس المحيط ص (١٥٧٠) . أنيس الفقهاء ص (١٦٥) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٢٣) .

السبب الأول

العيوب

والنظر في الموجِب والموجَب :

النظر الأول : في الموجب . والعيوبُ المتفق على ثبوت الخيار بها ، خمسة :

اثنان يختص بهما الزوج : وهو الجَبُّ [1] والعُنَّة . واثنان تختص بهما المرأة : وهو الرَّتَق [2] والقَرَن [3] . وثلاثةٌ مشتركة [بينهما] [4] وهو البرص المستحكِم الذي لا يَقْبل الإصلاح [5] - دون أوائل الوضح - والجذامُ [6] المستحكم الذي سَوَّدَ [7] العضوَ ، وأَخَذ في التقطيع . والجنونُ ، ولا يُعْتبر [8] في الجنون أنْ لا يقبل العلاج .

---

(١) الجَبُّ : بفتح الجيم وتشديد الباء : هو القطع ، ومنه المجبوب الذي استؤصلت مذاكيره ، أو هو مَن قُطِع ذكره خاصة . انظر : تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . لسان العرب (٥٣١/١) ، المصباح المنير (١٤٠/١) ، القاموس المحيط ص (٨٢) ، مادة (ج ب ب) . أنيس الفقهاء ص (١٦٦) .

(٢) الرَّتَق : بفتح التاء ، هو انسدادُ الرحم بلحم . والرتقُ : ضِدُّ الفتق ، ومنه الرتقاء ، وهي المرأةُ التي لا يُستطاع جماعُها ؛ لانسدادِ الفرج ، أو التي لا خَرْقَ لها إلا المبال خاصة . انظر : تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . المصباح المنير (١/ ٣٣٥) . القاموس المحيط ص (١١٤٣) مادة (ر ت ق) . أنيس الفقهاء ص (١٥١) .

(٣) القرن : بفتح الراء وسكونها ، والفتح أرجح ، وهو التحامُ الفرج بعظم بحيث يَسُدُّ مَدْخلَ المرأة ، وقد يكون مُنْسَدًّا بلحمٍ أيضًا . وتُسمى المرأة : قَرْناء . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٩١/٢/٣) . تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . المصباح المنير (٢/ ٧٧٠) مادة (ق ر ن) . أنيس الفقهاء ص (١٥١)

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) ؛ (ب) : « العلاج » .

(٦) الجذام : داءٌ أو عِلَّة تحدث من انتشار السوداء في البدن كله ، فيفسد مزاجُ الأعضاءِ وهيأتُها ، وربما انتهى إلى تأكّل الأعضاء وسقوطِها عن تَقَرُّح - والعياذُ بالله - . ويقال : جُذِمَ الإنسانُ - بالبناء للمفعول - إذا أصابه الجذامُ . والجذْمُ أصلًا : القطْعُ ؛ لأنه يَقطع اللحم ويُسْقِطه . ومَنْ أصابه ذلك قيل له : مجذوم ، ولا يقال : أجذم ، إلا إذا قُطعت يدُه . والجذامُ في الوجه أغلبُ منه في بقيّة الأعضاء . عافانا الله الكريمُ بفضله . انظر : مختار الصحاح ص (٩٧) . تصحيح التنبيه ص (١٠٥) . المصباح المنير (١٤٨/١) . القاموس المحيط ص (١٤٠٥) مادة (ج ذ م) .

(٧) في (ب) : « يُسَوِّد » .

(٨) في (أ) : « ولم يعتبر » .

(1) والجَبُّ المثبِت للخيار ، هو الاستئصال (1) ، بحيث يكون الباقي أقلَّ من الحشَفة ، فلا يثبت (2) الخيارُ بقطع البعض .

واختلفوا فى ثلاثة أمور :

أحدها : أن البخر (3) والصُّنان (4) والعِذْيَوْط (5) الذي لا يقبل العلاج ، هل يردّ بالعيب ؟ المشهور (6) أنه لا يردّ . ولا يُزاد على الخمس (7) . وعن زاهر السّرَخْسي (8) أنه أثبت بهذه الثلاث (9) ، وزاد القاضي حسين على هذا ، وقال : لا توقيفَ ولا حَصْرَ . والمتبعُ : كلُّ عيبٍ يكسِر شَهْوةَ التوَّاق (10) فيتعذر الاستمتاع به ، إذ لو اعْتُبِر امتناعُ الاستمتاع لاقتُصِر على الرَّتَق

---

(1) في (أ) : « والجبُّ الذي يُثْبِت الخيارَ هو اسئصالٌ ... » .

(2) في (أ) : « ولا يثبت » .

(3) البخر : هو نتنُ ريح الفم أو غيره . ويقال للذكر : أبخر ، وللأنثى بَخْراء . انظر : المصباح المنير (61/1) ، والقاموس المحيط ص (443) مادة (ب خ ر) .

(4) الصُّنان : الذّفر تحت الإبط وغيره ، يقال : أَصَنَّ الشيءُ ، أي صار له صنان . انظر : المصباح المنير (534/1) ، القاموس المحيط ص (1563) مادة (ص ن ن).

(5) العِذْيَوْط : هو الرجل يُحدِث عند الجماع ، والاسمُ : العَذْيَطة . والمرأة : عِذْيَوْطَة . ويقال للرجل أيضًا : عُذْيُوط وعِظْيَوْط . انظر : لسان العرب (2860/4 وما بعدها) ، المصباح المنير (610/2) ، القاموس المحيط ص (874) مادة (ع ذ ط) ، (ع ظ ط) ، روضة الطالبين (177/7) .

(6) في الأصل ونسخة (ب) : « فالمشهور » . وما حكاه الإمام الغزالي من أنه لا يرد بذلك ، هو المذهب على الصحيح الذي قطع به الجمهور من الشافعية . انظر : روضة الطالبين (177/7) . مغني المحتاج (203/3) . نهاية المحتاج (311/6) . كفاية الأخيار للحصني (37/2) .

(7) في (أ) : « الخمسة » . (8) سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

(9) في (أ) : « الثلاثة » .

(10) في (أ) : « يكسر سَوْرة التواق » . وفي (ب) : « يكسر سورة التوقان » .

قال ابن الصلاح : (قوله : يكسر سَوْرة التواق) هو بفتح التاء ، وتشديد الواو ، أي : حدّة الشهوة . والتواق : شديد التوق والشهوة . مشكل الوسيط (جـ2 ق 92/أ) .

والقَرن . وقال : قد تجتمع عيوبٌ ، آحادُها لا يُثْبت ، ولكن مجموعها يُنَفِّر ؛ فيثْبُت الخيارُ به . ولعل ذلك يجري في كل ما يُؤثِّر في التَّنْفير تأثيرَ الجذام والبرص .

الثاني : لو كان أحد الزوجين خُنْثَى [(١)] ، ففي ثبوت الخيار أربعة أوجه [(٢)] :

أحدهما : نعم ؛ لأنه عيبٌ مُنَفِّر فاحش .

والثاني : لا ؛ إذ ليس فيه إلا زيادة ثقبة في الرجل ، وزيادة سَلْعة في المرأة .

والثالث : أنه إن انكشف الحالُ بعلامة محسوسة تُورث اليقينَ [(٣)] ، فلا يُرَدّ ، وإن كان بعلامة مظنونة ، يرد ؛ لما فيه من الخطر .

والرابع : أنه لا يرد ما يثبت [(٤)] بعلامة أيضًا ، بل ما لم يثبت إلا بالإقرار .

الثالث : أن العيب المثْبِت للخيار ، إنما يثبت من الجانبين لو كان مقارِنا للعقد ، فلو طَرأ قبل المسيس ثبت الخيار لها [(٥)] . فإن كان بعده فوجهان [(٦)] إلا في العُنَّة ؛ فإنها إن طَرأَتْ بعد الوطء ، لم يثبت الخيارُ ؛ لأنّ اليأس لا يحصل [(٧)] .

(١) الخنثى لغة : من « الخنث » وهو اللين ، والمقصودُ به هنا : شخصٌ له آلتا الرجالِ والنساءِ ، أو ليس له شيءٌ منهما أصلًا . انظر : أساس البلاغة للزمخشري ص (١٢١) ، المصباح المنير (٢٨٢/١) ، التعريفات للجرجاني ص (١٠١) ، القاموس المحيط ص (٢١٦) ، أنيس الفقهاء ص (١٦٦) . مادة (خ ن ث) .

(٢) هذه المسألة في الخنثى الذي زال إشكالُه قبل عقد النكاح ، أما الخنثى المشْكِل ، فنكاحه باطلٌ . انظر مغني المحتاج (٢٠٣/٣) ، وقال في الروضة : إذا وجد أحدُهما الآخرَ خنثى قد زال إشكالُه ، ففي ثبوت الخيار قولان : أظهرهما : المنع ؛ لأنه لا يفوت مقصود النكاح . وموضعُ القولين إذا اختار الذكورة أو الأنوثة بغير علامة ؛ لأنه قد يخرج بخلافه . فأما إذا اتضح بعلامة ، فلا خيارَ هذا هو الأصح . روضة الطالبين (١٨٧/٧) وانظر مغني المحتاج (٢٠٣/٣) .

(٣) قال ابن الصلاح : العلامة المحسوسة المورثة لليقين مثل : العلوق أو الحبل . المشكل (جـ٢ ق ٩٢/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ماثبت » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يثبت الخيار لها » .

(٦) قال في الروضة : « لها الخيار . كذا قاله الأصحابُ في جميع الطرق ، وحكى الغزالي فيه وجهًا لم أَرَهُ لغيره » . انظر : روضة الطالبين (١٧٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٠٣/٣) . التنبيه للشيرازي ص (١٠٥) .

(٧) وهذا هو المذهب . انظر الوجيز (١٨/٢) ، مغني المحتاج (٢٠٣/٣) . الغاية القصوى في دراية الفتوى (٧٤١/٢) . وأما إن حدث الجبّ فلها الفسخ على الأصح . انظر الروضة (١٧٩/٧) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٥٠/٢) .

وهل يثبت الخيارُ له إذا طرأ العيبُ عليها ؟ فيه قولان :

أحدهما : - وهو اختيار المزني - أنه يثبت ؛ إذ لا يُفارقها إلا في التمكن [١] من الطلاق ، وهو جارٍ في المقارن أيضًا ، ثم استويا [٢] .

والثاني : لا يثبت ؛ لأن العقد سَلِم أَوَّلًا ، وهو قادر على الطلاق ، والمرأةُ مضطرةٌ لأجل التحصن [٣] .

وأما أولياءُ المرأة فلا يثبت [٤] لهم الخيارُ بالعيوب الطارئة . وهل يثبت بالمقارِن ؟ يُنظر [٥] : إن كان فيه عارٌ ثبت [٦] كالجنون ؛ فإن العار فيه لا يتقاصر [٧] عن عار الحرفة الدنيّة [٨] .

والفسقُ - وإن لم يكن عارٌ [٩] - فلا يُثْبت ، كالجَبّ والعُنّة [١٠] وهل يَثْبُتُ بالبرص والجُذَام ؟ فيه وجهان [١١] ، [١٢] ومنهم من أثبت في الجميع [١٢] وقال : في الجميع عارٌ عليهم .

---

(١) في (أ) : « التمكين » .

(٢) وهذا القول الأول هو المذهب . انظر الوجيز (١٨/٢) ، مغني المحتاج (٢٠٤/٣) . روضة الطالبين (١٧٩/٧) . الغاية القصوى (٧٤١/٢) . وانظر اختيار الإمام المزني في مختصره ص (١٧٦) .

(٣) في (أ) : « التحصين » . وهذا القول الثاني هو القديم من قولي الشافعي (رحمه الله) حكاه المزني عنه فى مختصره ص (١٧٦) . وقال ابن الصلاح : قوله : « والمرأةُ مضطرةٌ لأجل التحصُّن » يعني أنها مضطرة إلى الفسخ ؛ فتحصُّن دينَها بغيره ، بخلاف الزوج ، فإنه قادر على التحصين بغيرها والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٩٢/ب) .

(٤) في الأصل : « لا يثبت » بغير الفاء ، وكذا فى (ب) وهي ثابتة فى (أ) .

(٥) في (أ) : « نُظر » .

(٦) في (ب) : « يثبت » .

(٧) في (أ) : « لا ينقص » .

(٨) في (ب) : « الدنيئة » .

(٩) في (ب) : « عارًا » . فجعل كلمة « عار » خبرًا لكان ، أي : وإن لم يكن هذا العيبُ عارًا ... إلخ . وأمّا ما ثبت في الأصل و نسخة (أ) فعلى اعتبار أنّ « كان » هنا تامة .

(١٠) في (ب) : « والعنت » وهو خطأ ظاهر .

(١١) والمذهب في هذه المسألة أن الخيار يثبت لهم . انظر : روضة الطالبين (١٩٧/٧ وما بعدها) . مغني المحتاج (٢٠٤/٣) . الغاية القصوى (٧٤١/٢) .

(١٢) في (أ) : « ومنهم من أثبت بالجميع » أي : أثبت الخيار بجميع ما ذكر .

النَّظَرُ الثاني : في حكم الخيار . وهو على الفور . ثم إن فسخت قبل المسيس سقط المهرُ ، وكذلك إن فسخ الزوجُ بعيبها ، بخلاف ما إذا ارتدّ ، فإنه يتشطّر المهر ؛ لأن الفسخ – وإن كان من جهته – [١] فسببُه عيبٌ من جهتها [١] ، فَيُحَال عليها . وإن فسخت بعد المسيس فعليها العدة .

والنظر في : المهر ، والرجوع به ، والنفقة في العدة :

أما المهرُ فساقطٌ ، والرجوعُ إلى مهر المثل ؛ لأنّ مقتضى الفسخ تَرَادُّ العوضين . لكن نصّ الشافعي (رضي الله عنه) – في الردة بعد المسيس – أنّ المسمى يتقرر [٢] ؛ لأن الفسخ به لا يستند إلى أصل العقد ، فلا يدفع المهر المسمّى عند العقد . [٣] ونصَّ فيما إذا كان العيب مُقارنًا : أنه يسقط المسمّى [٣] ، فقيل : قولان في المسألتين / بالنقل والتخريج [٤] : ١٦٩/ب

أحدهما : أنه يسقط المسمى فيهما [٥] ؛ لأنه مُقْتضى الفسخ .

والثاني : يتقرر [٦] ؛ لأنه إذا لم يكن بُدٌّ من مهر المثل [٧] ، فالمسمى أولى .

فإنْ فرّعنا على النصّ ، وأسقطنا المسمّى وكان العيب طارئًا ، ففيه ثلاثةُ أَوجُه :

أحدها : السقوط ؛ كالمقارن [٨] .

والثاني : التقرير ؛ لأن الخلل لم يَسْتند إلى أول العقد .

والثالث : أنه يسقط إلا إذ طرأ بعد المسيس ؛ لأن الوطءَ إذا جرى على السلامة فينبغي أن يقرر

---

(١) في (أ) : « بسببِ عَيْبٍ من جهتها » .

(٢) في (ب) : « بعد المسيس لهن يتقرر » وانظر نصّ الشافعي في مختصر المزني ص (١٧٣) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) انظر تفصيل هذا المصطلح في القسم الخاص بالدارسة .

(٥) يعني في مسألة « الردة بعد المسيس » ومسألة « الفسخ بالعيب بعد المسيس » .

(٦) أي : يتقرر المسمى في المسألتين .

(٧) كلمة : « المثل » ساقطة من (ب) .

(٨) يعني سقوط المهر المسمى كما سقط في المقارن .

المهر [1] .

أما الرجوع بالمهر على الوليّ ، فغيرُ ثابتٍ قطعًا إن كان العيب طارئًا . وإن كان مقارنًا فقولان :

أقيسهما : أنه لا رجوع ؛ إذ هو [2] كوكيلٍ عاقدٍ ، سكتَ [2] عن ذِكْرِ العيب ؛ إذ ليس يقع العقدُ له [3] .

والثاني : وهو مذهبُ عمر (رضي الله عنه) أنه يرجع ؛ لأنه كالغارّ [4] .

ثم اختلفوا : هل يُشترط أن يكون الوليُّ مَحْرَمًا ، حتى يكون خبيرًا بالتواطؤ [5] ؛ فلا يُعذر في الإخفاء ؟ .

وهل يُشترط علمُه حالةَ العقد لِثُبوتِ تَقْصيره ؟ فمنهم مَنْ شَرَطَ ذلك ؛ ومنهم مَنْ رآه مُقَصِّرا بكلِّ حال [6] .

---

(١) تتلخص مسألة « المهر » هذه في النقاط الآتية :

الأولى : أن الفسخ قبل الدخول يُسقط المهر ، سواء كان الفسخ منه أو منها ، أو كان العيب فيه أو فيها ، وسواء كان مقارنًا للعقد أو حادثًا بعده ما دام قبل الدخول .

الثانية : تقريرُ المسمى إن حدث العيبُ بعد الدخول .

الثالثة : يجب مهرُ المثل في حالتين :

(إحداهما) : إن كان الفسخ بعيبٍ مقارِنٍ للعقد ودخل بها .

(الثانية) : إن كان العيب حادثا بين العقد والوطء ، وجَهِلَه الواطئُ . انظر : الروضة (١٨٠/٧ ، ١٨١) ، ومغني المحتاج (٢٠٤/٣ وما بعدها) .

(٢) في (ب) : « كوكيل عقد وسكت » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر في المذهب . انظر الوجيز (١٨/٢) ، روضة الطالبين (١٨١/٧) . مغني المحتاج (٢٠٥/٣) .

(٤) رواه الشافعي في الأم (٨٤/٥) ، وانظر مختصر المزني ص (١٧٦) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « بالبواطن » . وهو أليق .

(٦) قال في الروضة : « إن كان التغرير من الولي ، بأنْ خطب إليه ، فزوَّجَه وهو مُجْبِر – أو غيرُه بإذنها – ولم يَذكر =

فإذا جعلناه مغرورًا [(١)] ، وكانت هي الغارَّة [(٢)] ففائدتُه سقوط المهر ؛ إذ كيف يغرم لها ، ثم يرجع عليها ؟! ولكن قيل : لا بُدّ وأن يُسلّم إليها أقلّ ما يُتموّل تَعَبُّدًا [(٣)] . وقيل : إن ذلك القدر هي الغارّةُ به [(٤)] ، فيسقط ؛ إذ لا معنى للتسليم إليها ، ثم الاسترداد منها .

أما النفقةُ والسكنَى : فلا تثبتُ لها إن كانت حائلا [(٥)] ، وسقوطُ السّكنى كسقوط المهر [(٦)] وإن كانت حاملًا ، فلها النفقةُ على قولنا : النفقةُ للحمل ؛ فإن لوازمَ النكاح ساقطةٌ عند الفسخ [(٦)] .

* * *

= للخاطب عَيْبَها : فإن كان عالما بالعيب رجع الزوجُ عليه بجميع ما غرم . وإن كان جاهلا فوجهان ؛ لأنه غير مقصر ، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل . فإن قلنا : لا رجوع [يعني على الولي] إذا جهل ، فذلك إذا لم يكن مَحْرَمًا ، وحينئذ يكون الرجوعُ على المرأة ، فأما المحرمُ فلا يخفى عليه الحالُ غالبا ، وإن خَفِيَ فَلِتَقْصيره ، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح » ثم قال : « وقد قطع الجمهورُ بأن الوليَّ المحرمَ لا يُعْذَر بجهله لتقصيره » . الروضة (٧/ ١٨٢) .

(١) في (أ) ، (ب) : « معذورًا » وهو صواب أيضًا . والضمير يرجع على الولي .

(٢) التغريرُ منها يكون بأنْ تكتم عَيْبَ نفسِها ، ثم تُوهِمُ وَلِيَّها أن الخاطب يَعْلم بهذا العيب ، فيسكت الوليُّ عن ذِكْرِه للخاطب .

(٣) قوله : « ما يُتَمَوَّل » يعني ما يُعَدُّ مالًا في العرف .

(٤) قال ابن الصلاح : « الصوابُ أن تكون العبارة « هي غارةٌ به » من غير ألف ولام ؛ حتى لا يكون حصرًا . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٣/أ) .

(٥) الحائل : هي كلُّ أنثى وُطِئَتْ ، فلم تحمل مدةً ما . يقال : حَالت المراةُ حِيالًا ، وحالت الناقةُ تحولُ ، حُؤولًا وحيالًا : أي ضربها الفحلُ فلم تحمل . انظر : مختار الصحاح ص (١٦٣) . المصباح المنير (٢٤٤/١) . القاموس المحيط ص (١٢٧٨) . مادة (ح و ل) .

(٦) من قوله : « وإن كانت حاملًا ... إلى قوله : عند الفسخ » غير واضح بالأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

السبب الثاني للخيار

الغرور

وفيه نظران :

الأول : في حكم الغرور ، وصورته . فنقول : إذا قال العاقدُ : « زوجتُك هذه المسلمة » ، فإذا [(١)] هي كتابيةٌ ، أو « هذه القرشيةَ » ، فإذا هي نَبَطيّةٌ [(٢)] ، أو « هذه الحرةَ » ، فإذا هي أَمَةٌ [(٣] ، أَوْ ما يجري [٣)] مجراه مما يُقصد في النكاح : ففى انعقاد العقد قولان كقولين [(٤)] فيما إذا [(٥)] قال : « بعتُك هذه الرَّمَك [(٦)] » فإذا هي نعجةٌ . الأصح ها هنا الصحة ؛ لأنّ هذا تفاوتٌ في الصفة [(٧] بعد تعيين المقصود [٧)] ، وذلك تفاوتٌ في الجنس [(٨)] .

فإن قلنا : يصح ، فهل يثبت خيار الخُلْف [(٩)] كما في البيع ؟ فيه قولان :

أحدهما : القياس على البيع [(١٠)] .

---

(١) في (ب) : « فإذن » وهو خطأ واضح .

(٢) في (ب) : « قبطية » . والنَّبَط : جيلٌ من الناس كانوا ينزلون العراق ، ثم استعمل اللفظ في أخلاط الناس وعوامهم . انظر : المصباح المنير (٩١١/٢) . القاموس (٨٩٠) مادة (ن ب ط) .

(٣) في (أ) : « وما يجري » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « كالقولين » .

(٥) كلمة : « إذا » ساقطة من (ب) .

(٦) في (أ) و (ب) : « الرمكة » وهي الأنثي من البراذين ، والجمع : رِماك . انظر : المصباح المنير (٣٦٧/١) والقاموس المحيط ص (١٢١٥) مادة (ر م ك) .

(٧) في (أ) : « بعد تعيين المعقود عليه » وكلاهما صحيح .

(٨) وهذا هو المذهب . انظر : روضة الطالبين (١٨٣/٧) . مغني المحتاج (١٠٨/٣) . الغاية القصوى (٧٤٢/٢) .

(٩) خيار الخلف : هو أن يشترط المشتري في المبيع شيئًا ، فإذا اشتراه لم يجده فيه . ومعلومٌ أن خُلف الشرط يُثْبِت للمشتري الخيار في البيع ، فهل يُثبت أيضًا للناكح أو المنكوحة الخيارَ ؟ فيه القولان المذكوران . انظر : مجموعة سبع كتب مفيدة ص (٨٠) . روضة الطالبين (١٨٤/٧) .

(١٠) أي : يثبت له الخيار هنا كما يثبت له في البيع .

والثاني : الفرق ؛ لافتراقهما في خيار الرؤية [1] والشرط [2] وغيره [3] . وكذلك إذا غُرَّت المرأةُ بنسَبه أو حُرِّيته ، جرى الخلافُ في انعقاد العقد ، ثم [فى] [4] ثبوت خيار الخلف . لكن إن قلنا : لا يثبت خيار الخلف ، فلها الخيار ؛ (5 بسبب فوات 5) النسب إذا لم يكن الزوجُ كفؤَها ، وكذلك للأولياء الخيارُ إن رضيتْ بِمَنْ هو دونَها ، وكأن للشرط مدخلا [6] أيضًا في التأثير ؛ لأنه لو زوَّجها الوليُّ برضاها من مجهولٍ ، فإذا هو غَيْرُ كفؤ ، فلا خيار ؛ لأن هذا ليس بعيبٍ ، وإنما هو فواتُ مَنْقبة ، ولم يَجْرِ شرطٌ ، والوليُّ هو المقصِّر ؛ إذ لم يُقدِّم البحثَ . فكأنه إذا جرى شرط ، أَثَّر في نفي [7] التقصير من جهة الولي ، والتحق عدمُ الكفاءة بالعيب في إثبات الخيار لها وللوليّ .

ولو نكح مجهولة - ظنَّها مسلمةً - فإذا هي كتابية ؟ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « له الخيار » [8] . ولو ظنها حُرةً فإذا هي رقيقة ؟ قال : « لا خيار له » . فقيل : قولان بالنقل والتخريج ،

---

(١) خيار الرؤية : هو أنْ يتم البيع - والمبيعُ غيرُ موجود - لكنْ بشرط أن يتوقف نفاذ البيع على رؤية المشتري المبيعَ ، فإذا رآه - فلم يجد المشتري في نفسه قبولًا له - ردّ هذا البيع . انظر : الهداية (٣/٣٦ وما بعدها) . عقود المعاوضات المالية لأستاذنا الدكتور / أحمد يوسف ص (٨٤) .

(٢) خيار الشرط : أن يكون لكل من المتعاقدين حقُّ إمضاءِ العقدِ أو فسخه في مدة معينة ، إذا شرط ذلك فى العقد ، وذلك في البيوع التي لا ربا فيها .

وفى مدة الخيار خلافٌ بين الفقهاء : فعند أبي حنيفة والشافعي لا تزيد المدةُ على ثلاثة أيام . وعند المالكية : تُقَدَّر المدةُ بحسب الحاجة ، وذلك يختلف باختلاف المبيع . ولكن عنده لا يجوز الأجلُ الطويلُ . وعند الحنابلة : تقدر المدة بحسبِ اتفاق المتعاقدين ، وإن زاد على ثلاثة أيام . انظر : الهداية (٣/٣١) . المهذب مع المجموع (٩/ ٢٢٣) . بداية المجتهد (٢/٢٥٠) .

(٣) المقصود بهذا القول الثاني ، أنّ النكاح يفترق عن البيع في خيار الرؤية والشرط ، فالنكاح يطل بهما ، أَوْ لا ينعقد أصلًا إذا كان فيه خيارُ الرؤية أو خيار الشرط . أما البيعُ فيصحُّ بالخيارين .

(٤) زائدة من (ب) ، وفي (أ) : « .. في انعقاد العقد ، وفي ثبوت ... » .

(٥) في (أ) : « بسبب فوت » . وفي (ب) : « لسبب فوات » .

(٦) في الأصل : « مدخل » .

(٧) في الأصل : « نفس » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥/٩) وفي مختصر المزني ص (١٧٦) .

مأخذهما : أن الكفر والرقّ ، هل يلتحق بالعيوب الخمس [١] ؟ ومنهم مَنْ فرَّق وقال : الكفر مُنَفِّر ، فهو عيب وإنْ لم يَجْرِ شرطٌ ، والرقُّ غير منفر . فهذا تقرير النصين . ومنهم من قرر النص [٢] ، ولكن قال : مأخذه [٣] : أن الكتابية تتميز عن المسلمة ؛ إذ وليُّها كافر ، فلا تَشتبه إلا بتلبيس ، فمأخذُه [٤] الغرور . وكأنه حصل الغرور بمجرد الفعل من غير قول [٥] .

وأنا أقول : إن أمكن أن يُجعل هذا تغريرًا مُثْبِتا للخيار ، فلو نكحها [٦] وظنَّ بكارتَها ، فإذا هي ثيِّبٌ ، لم يبعد إثباتُ الخيار ؛ لأن النُّفْرة ها هنا أعظمُ ، وكثيرا ما يقع هذا في الفتاوى [٦] .

أما إذا شرط بكارتها في العقد ، فيجري قولا الانعقاد وقولا خيار الخلف [٧] .

وكلُّ تغرير سابق على العقد ، فلا يؤثر في صحة العقد ، ويؤثر في إثبات الرجوع بالمهر ؛ لأن قول الرجوع بالمهر على الغارِّ قويٌّ ها هنا ، بخلاف مذهب عمر (رضي الله عنه) في الرجوع بسبب عدم ذكر العيوب .

النظر الثاني : في حكم الولد إذا جرى التغرير بالرق [٨] :

وله أحكام :

الأول : أنه إذا غُرَّ بِحُرِّيَّة أَمَةٍ ، فأَحْبَلَها ، انعقد الولد على الحرية ؛ لِظَنِّه الحريةَ ، سواءٌ كان الزوج حُرًّا أو عبدًا ؛ لأن العبد يُساوي الحرَّ في الظنّ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ينعقد ولدُ العبد رقيقًا دون الحرّ .

---

(١) في (أ) : « الخمسة » وهو صواب أيضًا .

(٢) أي : قرر نصّ الشافعي في المسألتين . وفي (ب) : « النصين » وهو أوضح .

(٣) في (ب) : « مأخذهما » . (٤) في (ب) : « مَأْخَذُه » .

(٥) والأظهر – فى هذه المسألة – أنه لا خيار في الحالتين . انظر : مغني المحتاج (٢٠٨/٣) . روضة الطالبين (١٨٧/٧) .

(٦) ما بين الرقمين غير واضح في الأصل وواضح في (أ) ، (ب) .

(٧) يعني : ولم يجدها بكرًا ، فيجري قولا الانعقادِ ، وقولا خيارِ الخلف .

(٨) في (أ) : « بالحرية » . وكلمة « إذا » ساقطة منها .

الثاني : [أنه][(١)] [(٢)] يجب قيمةُ الولدِ على الزوج لسيد الأمة [٢] ؛ لأن الرقّ في الأُمِّ يُوجب رقَّ الولد – واندفاعُه بظنِّه [(٣)] – فهو المتسبِّب في عِتقه . وإنما تجب قيمتُه ، إذا انفصل حيًّا باعتبار يوم الانفصال . [(٤)] ولو انفصل ميّتًا ، لا بجِناية جَانٍ : فلا شيءَ عليه ؛ لأنه لا يمكن اعتبارُ قيمتِه قبل الانفصال [٤] ، وهو في الحال لا قيمة له .

الثالث : أنه إذا غرم ، رجع به على الغارّ قولًا واحدًا ؛ قضى بالرجوع بقيمة الولد عمرُ (رضي الله عنه) ووافقه العلماءُ .

وأما المهر ، ففي الرجوع به قولان ؛ لأن البُضْع فات بالمباشرة ، فلا يبعد أن يقدم على سبب الغرور . وأما رِقُّ الولد ، ففات [(٥)] بظنِّه ، وهو سببٌ مَنْشؤه قولُ [(٦)] الغارِّ ، فكان السبب الأول أوْلى بالاعتبار .

الرابع : أنه لا يرجع ما لم يَغْرم ، كالضّامن ، لا يرجع على المضمون عنه [ما لم يغرم] [(٧)] ، وكذلك الديَة [(٨)] المضروبة على العاقلة [(٩)] بشهادة الشهود – إذا رجعوا – يغرمونها ، ثم يرجعون على الشهود .

---

(١) زائدة من (أ) .

(٢) في (أ) : « يجب على الزوج قيمةُ الولد لسيد الأمة » .

(٣) يعني أن اندفاع رقّ الولدِ كان بسبب ظَنِّ أبيه الحريةَ في أمّ الولد .

(٤) في (أ) : « وإن انفصل » . وما بين الرقمين غير واضح في الأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « فات » .

(٦) كلمة : « قول » ساقطة من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) الدية : هي المال المعْطَى لوليِّ المقتول بدلًا عن إزهاق النفس . انظر أنيس الفقهاء (٢٩٣) .

(٩) العاقلة : العصَبة ، وهم قرابةُ الرجل من جهة الأب ، وهم الذين يؤدون دِيَةَ مَنْ قتله خطأ . والعقْل : الدية ، يقال : عَقَل القتيلَ : أي أعطى دِيَتَه . ويقال : عَقَل له دمَ فلانٍ : إذا ترك القَوَدَ ؛ ليأخذ الديةَ . ويقال : عقل عن فلان : غرم عنه جنايته ، وذلك إذا لزمت أحدًا ديةٌ فأدّاها عنه . وهذا هو الفرقُ بين عقله ، وعقل له ، وعقل عنه . وبابُ الكُلّ (ضرب) . انظر : مختار الصحاح ص (٤٤٧) ، المصباح المنير (٦٤٧/٢) ، القاموس المحيط ص (١٣٣٧) . مادة (ع ق ل) ، وانظر أنيس الفقهاء ص (٢٩٥ وما بعدها) .

الخامس : في محلّ الغُرْم ومُتَعَلَّقِه . وهو الذمةُ إن كان الزوج / حُرًّا ، وإن كان عبدًا ١٧٠/أ فثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه يتعلق بكسْبه ؛ لأنه من لوزام النكاح ، كالنفقة والمهر .

والثاني : برقبته ؛ لأن النكاح لا يقتضي قيمة الولد ، وهو نتيجةُ إتلافِه .

والثالث : يتعلّق بذمّته ؛ فإنه ليس جانيًا ، ولا وجوبُه مقتضي النكاح ، بل هو مقتضى ظنِّه ، فصار كما لو لزم بضمانه [١] .

وعلى هذا ، يرجع على الغارّ بعد العتق ؛ لأنه يغرم بعد العتق . وعلى القولين الآخرين : يرجع السيد مهما غرم من كسبه أو رقبته .

وأما المهرُ ، فيتعلق بكسبه مهما جرى الفسخُ بخيار الغرور إن أو جبنا المسمى . وإن رجعنا إلى مهر المثل ففيه الأقوال الثلاثة المذكورة فيما [إذا] [٢] أذن له في النكاح [٣] ، فنكح نكاحًا فاسدًا ووطيء ، فتعلُّقُ [٤] مهرِ المثل - ها هنا - بكسبه أظهرُ ؛ لأنه وَجَب بحكمِ نكاحٍ صحيح .

السادس : في المرجوع عليه . وهو وكيل السيد إذا زوَّجَ ؛ لأنه لا يُتصور الغرورُ من السّيّد ؛ لأنه لو قال : « زوجتُك هذه الحرة » : عَتَقَتْ [٥] .

---

(١) والمذهب على هذا القول الثالث . انظر الروضة (١٨٨/٧) . الغاية القصوى (٧٤٢/٢) .

(٢) زائدة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « في نكاح » . وفي نسخة أخرى : « في نكاح صحيح » كذا على هامش الأصل .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « وتَعَلُّق » والمثبت في (أ) .

(٥) العِتْقُ : الحرية ، وكذا العِتاق والعتاقة . تقول : عَتَقَ العبدُ يَعْتِق عِتْقًا ، فهو عتيق . أي خَرَج عن الرق إلى الحرية . وكان الأصل أن يقال : معتوق ، ولكنه مستثنى من القاعدة التي تنصُّ على أن اسم المفعول من الثلاثي يكون على زِنَةِ « مفعول » قال ابن مالك :

وفي اسـم مفعـول الثلاثيّ اطّـرد ⁂ زِنـةُ مفعـولٍ كآتٍ مِـن « قصـد »

وتقول : أَعْتَقَه مولاه ، فهو مُعْتَقٌ . واسمُ الفاعل من « عَتَق » : « عاتِق » ، وهو لا يَتعدى بنفسه ؛ فلا تقول : عَتَقْتُه ، وإنما تقول : أَعْتَقْتُه . ولا تقول : عُتِقَ ، وإنما تقول : « أُعْتِقَ » انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية =

أما إذا كانت الغارّةُ هي الأمةَ نَفْسَها ، تعلق [1] العهدة بذمتها ، لا بكسبها ورقبتها ؛ لأنها ليست مأذونة [2] ، ولا جَانِيَةً ، بل تلفَّظت بلفظٍ [3] فيلزمها العهدة [4] .

فإن كانت مكاتبةً ، فارقت الأَمةَ في شيئين :

(أحدهما) : أنه لا مهر لها ؛ لأنها مستحقة المهر ، فكيف يغرم لها ويرجع عليها ؟! نعم ، تُعطى قدرَ ما يُتَمَوَّل - على وجه - كما سبق .

(والثاني) : أنا إذا قلنا : وَلَدُ المكاتِبة قِنٌّ [5] ، فتجب قيمتُه كما في الأَمة . وإن قلنا : مكاتبٌ ، فهي مستحقة القيمة ؛ فلا يغرم لها ؛ إذ عليها الرجوعُ ؛ فإنها الغارّة .

وإن كان الغرور من الأمة ومن وكيل السيد جميعًا ، فوجهان :

أحدهما : أنه يرجع على أيهما شاء ؛ إذ كلٌّ واحدٍ باشَرَ سببًا كاملا من الغرور لو انفرد به .

= للنسفي ص (١٣٣) . ألفية ابن مالك بشرح ابن عقيل (٣/٢/١٣٧) ، مختار الصحاح ص (٤١١) ، المصباح المنير (٢/ ٥٩٨) ، القاموس المحيط ص (١١٧٠) مادة (ع ت ق) ، أنيس الفقهاء ص (١٦٩) .

(١) في (أ) : « تعلّقت » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (مأذونة) حقه : مأذونًا لها » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٩٣/ب) . وقال النسفي : « المأذون لها : الصبية والأمة ، ولا بد من ذكر الصلة ، أما الاقتصار على لفظة « المأذون » بدون قولك : « له » أو « لها » فخطأ ؛ لأن هذا الفعل لا يتعدي بدون اللام » . انظر طلبة الطلبة ص (٣٢٩) .

(٣) في (أ) : « بلفظة » .

(٤) في الأصل : « يلزمها العهدة » وفي (أ) : « فلزمها عهدتها » .

(٥) القِنّ : هو المملوك كُلًّا ، وهو بخلاف المملوكِ بعضُه ، كالمكاتب ، الذى أدّى نصْفَ ما عليه مثلًا ، فنصْفُه مملوكٌ ، ونصفُه حرٌّ ، ولا يَنال حريتَه كاملةً إلا بأداء ما بَقِيَ عليه .

القِنُّ عند أهل اللغة : من مُلِك هو وأبواه . قال النووي : « القِنُّ - عند الفقهاء - : من لم يحصل فيه شيءٌ من أسبابِ العِتق ومُقَدماته ، بخلاف المكاتب ، والمدبَّر ، والمعلّق عتقُه على صِفَةٍ ، والمسْتوْلَدة . هذا معناه في اصطلاح الفقهاء ، وسواء كان أبواه مملوكين ، أو معتقين ، أو حرين أصليين ؛ بأنْ كانا كافرين ، واسْتُرِقَّ هو أو أحدُهما بصفةٍ ، والآخرُ بخلافها . وأما أهلُ اللغة فإنهم يقولون : القِنُّ : هو العبدُ إذا مُلِكَ هو وأبواه » . تهذيب الأسماء واللغات (٣/٢/١٠٦) . وانظر : مختار الصحاح ص (٦٣٣) . لسان العرب (٥/٣٧٥٨) المصباح المنير (٢/٧٩٨) . مادة (ق ن ن) . معجم لغة الفقهاء ص (٣٧٠) .

والثاني : أنه يرجع على كل واحد بالنصف ؛ لاشتراكهما في السبب (١) .

فرع : إذا انفصل الولد ميتًا بجناية جانٍ ، فعلى الجاني غُرَّةٌ – عبدٌ أو أَمةٌ – تُصرف إلى أب الجنين وجدتِه بطريق الإرث ، ولا يمكن للجنين وارثٌ مع الأب سوى الجدة [أُمِّ الأمِّ] (٢) .

وما الذي يغرم للسيد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : – وهو اختيار القاضي – أنه يغرم للسيد عشر قيمة الأم ، فإن هذا القدر هو الذى فات عليه بظنه .

والثاني : أنه يغرم أقلَّ الأمرين من قيمة الغُرة التي سُلمت له ، أو عشرِ قيمة الأم ؛ فإنه إن كان قيمة الغرة أقل ، فكيف يضمن زيادةً ، والولدُ الميتُ لا ضمانَ له ؟! . وإنما لزم الضمان بسبب حصول هذا القدر (٣ بسبب الجناية ٣) ، ولو زادت الغرة ، فالزيادة للمغرور ، (٤ فإنه زاد ٤) بسبب حرية الولد .

التفريع : إن أوجبنا العشر ، فهو واجب من غير تفصيل . وإن أوجبنا الأقلَّ ، فيُنظر إلى قَدْر ما سُلم له . فإن كان معه جدة لم يحسب (٥) عليه إلا خمسةُ أسداس الغرة ، ولا يغرم أيضًا ما لم يُسلم إليه .

وهذا إن كان الجاني أجنبيًا ، ووراءه أحوال : وهو أن يكون الجاني هو السيد ، أو المغرور ، أو عبد المغرور :

فإن كان هو السيد ، غرم عاقلته لورثة الجنين الغرةَ ، وغرم المغرور له العشرَ أو أقلَّ الأمرين على ما سبق . ويحتمل أن يقال : لا يغرم المغرورُ شيئًا ؛ إذ كان سبب غُرْمه أنه فات بظنِّه ، والآن قد فات بجناية السيد ، ولكن يُمكن أن يُقال : لما غرم العاقلة انمحى أَثَرُ جنايتِه ، وقد انفصل مضمونًا

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (١٨٩/٧) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (ب) : « لسبب الجناية » .

(٤) في (أ) : « فإنها زادت » .

(٥) في (أ) : « لم يحتسب » .

فلا يُهدر في حقه .

وإن كان الجاني هو المغرور ، وجب [١] الديةُ على عاقلته لبقية الورثة دونه ؛ فإنه حجب نفسَه عن الإرث بجنايته ، ووجب عليه الغرمُ للسيد إن أوجبنا العشر . وإن لاحظنا الغرة ، [٢] فكيف نُلْزمه شيئًا [٢] ولا نُسَلّم له الغرة ؟! قال الأصحاب : الوجه أن يقال : قدر [٣] العشر من الغرة للسيد ، والباقي للورثة [٤] ؛ فإن تغريمه من غير تسليم شيء إليه – على المذهب الذي يلاحظ الغرة – بعيدٌ .

وعندي أن ذلك غيرُ بعيدٍ ؛ لأن ما صُرف عن نفسه بجانيته كأنه استوفاها ، وهو كما لو أخذ الغرة وأَتْلفها .

وإن كان الجاني عَبْدَ المغرور ، تعلق [٥] حصةُ بقية الورثة برقبته . وأما حصتُه فلا يمكن أن تتعلق برقبة عبده ، فكأنه استوفاها ، ولا يجعل ذلك كالسّاقط بحرمانه عن الميراث ؛ لأن حقه كالثابت – ها هنا – تقديرًا .

* * *

---

(١) في (ب) : « وجبت » .

(٢) في (أ) : « فكيف يلزمه شيء » .

(٣) في (أ) : « قيمة » .

(٤) قال الحموي : « قوله فيه : (فرع : إذا انفصل الولد ميتًا بجناية جانٍ ، فعلى الجاني غرة : عبدٌ أو أمة ... إلى قوله : وإن كان الجاني هو المغرور ، وجبت الدية على عاقلته لبقية الورثة دونه ، فإن حجب نفسه عن الإرث بجنايته ، ووجب عليه الغرم للسيد إن أوجبنا العشر ، وإن لاحظنا الغرة . قال الأصحاب : الوجه أن يقال : فيه العشر من الغرة للسيد والباقي للورثة) .

قلت : ظاهر كلامه في قوله : (وجبت الدية) أن الدية تجب على العاقلة ، وليس كذلك لما لا يخفى .

قلت : مراده بالدية الغرةُ ، وهو جائز استعماله ، وكذلك أراد بقوله : (قدر العشر) أي قدر عشر قيمة الأم ، لا كل عشر القيمة » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٥ / أ ، ١٤٥ / ب) .

(٥) في (أ) : « تعلقت » .

السبب الثالث للخيار

العتق [1]

وفيه مسائل :

الأولى : أنها إن عَتقتْ تحت حُر فلا خيارَ لها . وإن عَتقت تحت عبد فلها الخيار ؛ لما رُوِيَ أن « بَريرة [2] » عَتقت تحت عبْدٍ ، فخيَّرها رسولُ الله ﷺ [3] . وإنما يَثبت لها الخيارُ إذا عَتقَ

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « السبب الثالث : الخيار بالعتق » والمثبت من (ب) .

(٢) في (ب) : « يزيدة » وهو خطأ . والصواب بريرة ، بفتح الباء وكسر الراء ، وقيل بتشديد الراء . وهي صحابية مشهورة ، كانت مولاة للسيدة عائشة (رضي الله عنها) . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣٢٢/٢) ، تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر (١٢ / ٤٠٣) . المغني فى ضبط أسماء الرجال ص (٣٦) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٤١/٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (١٨) باب « الحرة تحت العبد » حديث (٥٠٩٧) بإسناده عن السيدة عائشة (رضي الله عنها) قالت : « كانت في بريرة ثلاثُ سُنن : عَتقت فَخُيِّرتْ ... » الحديث . ورواه مسلم (١١٤٣/٢) (٢) كتاب « العتق » (٢) باب « إنما الولاء لمن أعتق » حديث الباب (٩) وفيه عن السيدة عائشة أنها قالت : « كان زوجها عبدًا ، فَخَيَّرَها رسولُ الله ﷺ فاختارتْ نفسَها ، ولو كان حرًّا لم يخيرها » . ورواه أبو دواد حديث (٢٢٣٣) والترمذي حديث (١١٥٤) والنسائي (١٦٥/٦) جميعًا من طرق عن عروة عن عائشة . وقوله : « ولو كان حرا لم يخيرها » إنما هو مُدْرَج من قول عروة ، وقد صرح النسائي بذلك .

وهذه الروايات تدل على أن زوجها كان عبدًا ، وقد وردت روايات أخرى ، تدل على أنه كان حرًّا ، وهو ماروا‌ه أبو دواد(٦٧٢/٢)حديث(٢٢٣٥)،والترمذي(٤٦١/٣)حديث(١١٥٥)،والنسائي(١٦٥/٦)،وابن ماجه (٧٦٠/١) حديث (٢٠٧٤) جميعًا من طرق عن الأسود عن عائشة .

قال البخاري في هذه الروايات : قولُ الأسودِ منقطعٌ ، وقولُ ابن عباس : « رأيتُه عبدًا » أصحُّ . انظر مختصر سنن أبي دواد (١٤٨/٣) . ثم إن عائشة (رضي الله عنها) عمة القاسم وخالةُ عروة ، وكانا يدخلان عليها بلا حجاب ، والأسودُ يسمع كلامها من وراء حجاب ، وقد قيل : إن قوله : « كان زوجها حرًّا » إنما هو من كلام الأسود ، لا من قول عائشة . ثم إن حديث ابن عباس لم يعارضه شيء . انظر معالم السنن مع مختصر أبي دواد (١٤٦/٣) . شرح السنة للبغوي (١١٠/٩) .

وقال الشوكاني : والحاصلُ أنه قد ثبت من طريق ابن عباس وابن عمر وصفية بنت أبي عبيد أنه كان عبدًا ، ولم يُرْوَ عنهم ما يخالف ذلك . وثبت عن عائشة (رضي الله عنها) من طريق القاسم وعروة أنه كان عبدًا ومن طريق =

جميعُها ، فلو عَتق بعضُها لم تتخير . ولو عتقت بكمالها تحت [مَنْ نصفُه حرٌّ] [١] ونصفُه رقيقٌ : تخيَّرت ؛ لحصول الضّرار .

ولا خيارَ بسبب طُرْآن الاستيلاد [٢] والكتابةِ قبل حصول العتق .

الثانية : لو عَتقت ، ثم عَتَقَ الزوجُ قبل علمها ، ففي ثبوت الخيار وجهان كالوجهين فيما إذا عَلم بالعيب بعد زواله .

الثالثة : إذا طلّقها الزوج قبل الفسخ طلاقا رجعيًا ، فلها الفسخُ . فإن فسخت ، فهل تَسْتأنف عدةً أخرى ؟ فيه خلاف . وإن أجازت ، لم تصحَّ إجازتُها ؛ لأنها لا تُفيد حِلًّا ، وهي صائرة إلى البينونة ، ولا يُخَرَّج على وقف العقود ؛ بل هو كما لو باع خمرًا فصار خَلًّا [٣] . وفيه وجه [بعيد] [٤] أنه يُخَرّج على الوقف .

وإن كان الطلاق بائنا ، فلا معنى لإجازتها ، ولا لفسخها . ونقل المزنيُّ أنه ينفذ فَسْخُها ، ونتبين [٥] بطلان الطلاق ، وكأن / حقها كانّ قويًّا في الفسخ ، فليس للزوج إبطالهُ بالطلاق . ١٧٠/ب

الرابعة : إذا عَتق الزوج [و] [٦] تحته أمةٌ ، فلا خيار له ؛ لأن الخبر ورد فيها ، [٧] وليست المرأة كالرجل في هذا المعني [٧] . وذكر العراقيون وجهًا : أنه يثبت الخيار له قياسًا [٨] ؛ لأنا ألحقنا رِقَّ

= الأسود أنه كان حرًا . وروايةُ اثنين أرجَحُ من روايةِ واحدٍ – على فرض صحة الجميع – فكيف إذا كانت روايةُ الواحد معلولةً بالانقطاع ؟ . انظر نيل الأوطار للإمام الشوكاني (٢٤٦/٧) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الاستيلاد : هو جعل الأمة أم ولد ، أو هو طلب الولد من الأمة . انظر طلبة الطلبة ص (١٣٥) . التعريفات للجرجاني ص (٢٢) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولا يخرج على وقف العقود ، بل هو كما لو باع خمرًا فصار خلّا) يعني بذلك أن الخلاف في وقف العقد ، يجري حيث يكون المحل قابلًا للعقد ، ولهذا لا يقال : إن بيع الخمر يكون موقوفًا على مصيره خلّا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٣/ب)

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : «و تبين » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « وليس الرجل كالمرأة في هذا المعني » .

(٨) وضعفه الغزالي في الوجيز (٢٠/٢) ، وانظر الروضة (١٩٢/٧) ، والغاية القصوى (٧٤٣/٢) .

الزوج بالعيوب حتى يثبت لها الخيار ، وقد ثبت استواء الزوجين في العيوب .

الخامسة : أن هذا الخيار ، على الفور أم لا ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدهما : أنه على الفور ، كخيار العيب في البيع [(١)] .

والثاني : على التراخي ، حتى لا يَسْقط إلا بإسقاط أو تمكين من الوطء مع جريان الوطء ؛ لأن البيع لا يقصد منه إلا المالية ، ويُدْرك على الفور فواتُه بالعيب ، ومقاصدُ النكاح كثيرةٌ ، تفتقر إلى التروِّي ، ثم لا يمكن إدامته مع جريان الوطء وعلى التأبيد ، فيسقط بالإسقاط أو الوطء .

والثالث : أنه يتمادى ثلاثة أيام ، ويكفي ذلك مهلةً للتروِّي .

والظاهر : أن خيار العيب في النكاح على الفَوْر ، وقد حُكِيَ وجهٌ في طَرْد الأقوال فيه ، وهو غريبٌ ومُنْقَاس ؛ إذ [(٢)] الفرق عَسيرٌ ، وغايتُه : أن الأمة لم تطَّلع من حال [أمر] [(٣)] الزوج على أمر جديد حتى تدرك على الفور مصلحته ، فيفتقر إلى الترويّ بخلاف ما إذا اطلع على عيب لم يعرفه .

التفريع : لو وطئها العبدُ ، فادّعت الجهل ؟ نقل المزني قولين [(٤)] [فمنهم من قال : يُقبل ، ومنهم من قال : لا يقبل] [(٥)] .

فمنهم من قال [(٦)] : أراد ما [(٧)] إذا ادعت الجهلَ بعتقها ، أما إذا ادعت الجهلَ بثبوت الخيار ، فَيُقْبل . ومنهم من قال : أراد إذا ادعت الجهل بثبوت الخيار شرعًا ؛ لأنها [(٨)] لا تُعْذرعلى قول ،

---

(١) وهذا القول هو المذهب . انظر الوجيز (٢٠/٢) ، الروضة (١٩٤/٧) ، مغني المحتاج (١٢٠/٣) . الغاية القصوى (٧٤٣/٢) .

(٢) في الأصل : « إذا » وهو خطأ .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) انظر مختصر المزني ص (١٧٧) .

(٥) ما بين المعقوفين زيادة من (ب)

(٦) قوله : « فمنهم » ساقط من (ب) .

(٧) في (أ) بياض مكان كلمة (ما) .

(٨) في الأصل : « لأنه » والمثبت من (أ) ، (ب) .

كما لو ادّعى المشتري الجهلَ بخيار العيب . وتُعذر على قول ؛ لأن ذلك شائعٌ ، وهذا قد يَخْفى [١] .

أما إذا ادعت الجهل بعتقها ، فَيُقْبل ؛ لأنه لا تقصيرَ منها أصلًا .

وأما إذا ادّعت الجهل بأن الخيار على الفور ، فلا تُعْذر [٢] . ولو ادعت الجهلَ بخيار البرص والعيوبِ ، فينبغي أن يُخَرَّج على القولين ؛ لأنه في مَظِنَّة الالتباس .

السادسة : إذا عَتَقَتْ قبل المسيس وفَسَخت ، سقط كمالُ المهرِ ؛ لأن الفسخ حصل بسببها ، ولم يَسْتندْ إلى عيبٍ في الزوج [٣] .

وإن فسخت بعد المسيس ، قطعوا بأن المسمي لا يسقط ، ([٤] ولم يطردوا القول [٤]) المخرج [ها هنا] [٥] ، ووجْهُه : أن المهر ها هنا للسيد ، وقد استقر بالوطء ؛ فلا يظهر أثرُ فسخِها في استرداد المهر منه [٦] ، وقد أحْسَنَ إليها إذ أعتقها .

* * *

---

(١) والأظهر أنها تصدق . انظر الروضة (١٩٤/٧) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله – بعد فراغه من ذكر الخلاف في سقوط خيارها إذا وطئها ، وادعت الجهل بثبوت الخيار – : (أما إذا ادعت الجهل بأن الخيار على الفور ، فلا تعذر) قطْعُه بهذا – في كتابه هذا وغيره – مع إجرائه الخلافَ في الذى قبله : عجيبٌ ، وقد كنتُ اعتذرت له بأنه ها هنا ، قد علمتْ بثبوت الخيار من أصله ، ومعلومٌ أن الخيار متردّد بين الفَوْر والتراخي ، فإذا لم تَسْأل عن ذلك ، كانت مُقَصّرةً ، بخلاف أصل الخيار ؛ إذ قد لا يخطر لها أصلًا ، بل تَذْهل عنه ، لكن هذا [يعني الاعتذار له] لا يتم مع قَطْعه في كتاب « الشفعة » بأنه لو ادعى الجهل بأنه على الفور ، قُبِلَ منه ذلك مع يمينه وعُذر ، وهذا مقطوعٌ به كذلك في « النهاية » و « البسيط » مع وجود ما ذكرته فيه ، فإذن هذا الذي ذَكَره ها هنا باطلٌ قطعًا ، وكيف يتمشى أن يتردد فيه ، فيقول ذلك في أصلَ الخيار – مع أنه مقطوع بثبوته في المذهب – ويقطع بأنه لا يقبل ذلك في كون الخيار على الفور مع كونه مختلفًا فيه في المذهب . والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٩٣/ب) . وقد تعقَّب في الروضة الإمامَ الغزاليَّ في هذه المسألة أيضًا . قال : « ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور ؟ . قال الغزالي : لا تعذر ، قال : ولم أرَ المسألة لغيره من الأصحاب ، ولكن ذكرها العبادي في « الرقم » وقال : إن كانت قديمة العهد بالإسلام وخالطتْ أهلَه : لم تعذر ، وإن كانت حديثة العهد به ، أو لم تخالط أهله ، فقولان » . انظر الروضة (١٩٤/٧ وما بعدها) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (إذا عَتَقت قبل المسيس ، وفسخت ، سَقَطَ كمالُ المهر ؛ لأن الفسخ حصل بسببها ، ولم يستند إلى عيب في الزوج) هذا غَيْرُ صحيحٍ ؛ فإنه لو استند إلى عيب في الزوج لسقط على ما عُرِفَ ، والله أعلمُ » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق٩٤/أ) .

(٤) في (أ) : « ولا يطرد القول » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « إليها » .

السبب الرابع

العُنّة

والنظر في أربعة أمور :

الأول : السبب . وهو امتناعُ الوقاعِ وحصولُ اليأسِ منه ، بجَبٍّ أو عُنّة . ومعنى « العُنّـة » : سقوطُ القوة الناشرة للآلة . (١ ولو حصل ذلك بمرض مُزْمِنٍ يدوم : ثبت الخيار ١) أيضًا ؛ إذ (٢) العنةُ مرضٌ في عضو مخصوص (٣) ، وهذا في جميع البدن .

والخصِيُّ (٤) ، هل يلتحق بالمجبوب ؟ فيه قولان (٥) ؛ ولعل مأخذه ، أنه يَفوت به الولدُ دون المباشرة ، والعُنة الطارئة بعد الوطء لا تؤثر ، قولًا واحدًا .

ولو عُنَّ عن امرأة دون أخرى ثبت الخيار . (٦ ولو عُنَّ عن المأْتى ، وقَدر على غير المأْتى : ثبت الخيار . ولو امتنع مع القدرة ، فلا يثبت الخيار ٦) . ولكن ، هل يثبت للمرأة المطالبةُ بوطأةٍ واحدة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يثبت ؛ لأن داعيته كافيةٌ في الاستحثاث (٧) .

---

(١) في (أ) : « وحصول ذلك بمرض مزمن يدوم ، يُثْبِت الخيار » .　　(٢) في الأصل : « إذا » .

(٣) قال الحموي : « قوله : (معنى العُنَّة : سقوطُ القوة الناشرة للآلة ، وحصول ذلك بمرض مزمن ، ويثبت به الخيار أيضًا ، إذ العنة مرض في عضو مخصوص) .

قلت : ذكر الشيخ أن العنة مرضٌ في عضو مخصوص ، وليس كذلك ، إذ كيف يكون مرضًا بالنسبة إلى شخص دون شخص ، فإنه قد يُعَنُّ عن امرأةٍ ولا يعن عن أخرى ، وقد أشار إليه وقد يطأ في الدبر . وقال أصحابنا : لا يخرج عن أن يكون عِنِّينًا مع أنه أبلغ في قوة الفحولة ، وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : لعل ذلك حصل بسبب سِحْرٍ بالنسبة إلى تلك المرأة دون غيرها ، والتحقيق : أن هذا يرد على المذهب دون الشيخ (رحمه الله) » .مشكلات الوسيط (ق ١٤٥ / ب ، ١٤٦ / أ) .

(٤) الخصيّ : هو مقطوع الخصيتين فقط مع وجود الذكر . انظر مختار الصحاح ص (١٧٨) . لسان العرب (٢/ ١١٧٨) مادة (خ ص ي) . أنيس الفقهاء (١٦٦) .

(٥) والأظهر أنه لا خيار . انظر الروضة (٧/١٩٥) .

(٦) ما بين الرقمين غير واضح في الأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٧) ورجحه الغزالي في الوجيز (٢/ ٢٠) وانظر الروضة (٧/١٩٦) .

والثاني : تثبت [المطالبة] (١) ؛ لعلتين :

(إحداهما) : حصول أصل التحصُّن .

(والثانية) : تقرير المهر .

وإنما لا تثبت المطالبة بكل حال ؛ لأنه قد يَفْتُر (٢) عن الوفاء بمطالبتها لو سُلّطت عليه ؛ والمرأةُ لا تَعْجِز عن التمكين .

فإن عللنا بتقرير المهر ، لم تثبت المطالبةُ بعد الإبراء ، ويثبت لسيد الأمة المطالبةُ دون الأمة ؛ لأن المهر له .

ومهما غيَّبَ مقدارَ الحشفة ، سقطت المطالبة ؛ فإنه وطءٌ كاملٌ ، في التحليل (٣) ، والإحصان ، والعدة ، والغسل ، والحدّ وغيرها .

النظر الثاني : في المدة . وإذا ثبت (٤) عُنّتُه ، إما بإقراره أو يمينها (٥) بعد نكوله : ضُرِبت المدة سنةً ؛ حتى تتكرر عليه الفصولُ [الأربعة] (٦) ؛ فربما يتغير الطبعُ . فلو قال : مارستُ نفسي ، وأنا عِنّين ؛ فلا تضربوا [لي] (٧) المدة ، فلا نُبَالي بقوله ، بل لا بُدّ من المدة .

ولا يُتَصَور أن تثبت العنّة بشهادة ؛ لأنه لا مطلع عليها . نعم القولُ قوْله إذا أنكر العنة ، فإن نَكَلَ حُلِّفَتْ ؛ لأنها – بقرائن الأحوال بعد طول الممارسة – تُعْلم . وقال أبو إسحاق (٨) : لا تحلف ؛ لأنها لا تعلم ، كما لا يشهد الشاهد . وهو بعيد ، بل إذا تنازعا في نية الطلاق [فَنَكَلَ] (٩) قضى الشافعي (رضي الله عنه) بردِّ اليمين عليها (١٠) ، مع أن النية غَيْبٌ ، فهذا أولى .

وإذا حلف الرجل (١١) على أنه ليس بعِنّين ، تركناه ولم نُطالبه بإقامة البرهان بالإقدام على

---

(١) زيادة من (ب) .
(٢) في (ب) : « يعجز » وكلاهما صحيح .
(٣) يعني أن تغييب الحشفة أو مقدارها يُحَلِّل المطلقةَ ثلاثًا لزوجها الأول .
(٤) في (ب) : « ثبتت » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « بيمنها » .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) زيادة من (أ) أيضًا .
(٨) سبقت ترجمته في القسم الدارسي .
(٩) زيادة من (ب) .
(١٠) انظر الأم (٢٥٩/٥) ، مغني المحتاج (٢٠٥/٣) .
(١١) في (أ) : « الزوج » .

الوطء ، إلا إذا قلنا : لها المطالبة بوطأة واحدة ، فذلك يثبت أيضًا في حقّ غير العنين .

والعنةُ بعد الوطء لا تُوجب الخيارَ ؛ لأنه إذا قدر مرةً ، فربما تعود القدرة .

ثم إذا أقرَّ أو حَلَفَ ، لم تُضْرب المدةُ إلا بالتماسها ، فإن سكتت لم تُضرب . وتستوي مدةُ الحرِّ والعبد ؛ لأن هذا أمر يتعلّق بالطبع .

فإنْ مضت المدةُ ، ولم يَجْرِ وطءٌ – بالاتفاق – رَفعت الأمرَ إلى القاضي ؛ فإن له نظرًا [١] في دعواه الإصابةَ [٢] ، فإذا قضى عليه بالعنة ، فسخت كما في الجبِّ وسائر العيوب [٣] . وفيه وجه : أن القاضي هو الذى يتعاطى الفسخ [٤] ؛ لأن ظهور ذلك في محلّ الاجتهاد .

ولا خلاف في أن القاضي لا يُطَلِّق عليه ، كما يَفْعل في المؤْلي على قول ؛ لأن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية ، فجُعِل موجبًا للطلاق ، وأما هذا ، ففسخٌ كخيار العيوب [٥] .

فرع : إنما تُحسب المدةُ إذا لم تعتزل عنه / فإن اعتزلت ، لم تحسب [٦] . ولو انعزل الزوجُ قصدًا ، ١٧١/أ

(١) في الأصل : « نظر » وهو خطأ واضح .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن له نظرًا في دعواه الإصابة) يعني أن الفسخ له تعلُّقٌ بعدم دعواه الإصابة ، ومَدَارُ هذا الأمر على الدعوى والإقرارِ أو الإنكار ، فلا بُدّ من الحاكم لفَصْلِ الأمر » . المشكل (جـ٢ ق٩٤/أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في العنة : (فإذا قضى عليه بالعُنَّة فَسخَت كما في الجب وسائر العيوب) يعني أنه بعد حُكم الحاكم بثبوت العنة ، ثبت لها الاستقلالُ بالفسخ ، ولا يتوقف على أن يقول القاضي : حكمتُ بثبوت الفسخ ، ويلتحق ذلك – بعد ثبوت العنة – بالجبّ وسائر العيوب ، فإن الفسخ يثبت فيها عنده غير متوقّف على حكم الحاكم أصلًا ، وهذا ما قطع به شيخُه ، فإنه قال فيها : لا يتوقف نفوذُ الفسخ على قضاء القاضي وشهودِ مجلس الحكم قياسًا على العيوب في البيع ، وتختص العُنّةَ من بينها بالافتقار إلى مجلس الحكم . والمقطوعُ به في « المهذب » وغيره : أن العيوب يتوقف الفسخُ فيها على حكمِ الحاكم » . المشكل (جـ ٢ق ٩٤/أ ومابعده) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في « الوسيط » : (وفيه وجه أن القاضي هو الذى يتعاطى الفسخ) ليس معنى هذا أن المرأة لا يصحّ مباشرتُها للفسخ ، بل الأمر فيه على ما ذكره شيخه في « نهايته » وهو أن للحاكم – على هذا الوجه – أن يفسخ بنفسه ، وله أن يفوّض إليها ، وتكون مأمورةً مُستنابة في الفسخ المفوّض إلى الحاكم ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٤/ب) .

(٥) في (أ) : « كسائر العيوب » .

(٦) في (أ) : « لم تحتسب » .

حُسب ؛ لأنه لا يعجز عن المدافعة بذلك . ولو سافر فوجهان ، (1 الظاهر : أنه يحسب 1) .

النظر الثالث : في استيفاء الخيار . وهذا الفسخُ - في الأحكام - كالفَسخ بالعيب في أنه على الفور ، وأنه إن رضيتْ ، فلا اعتراضَ للوليّ . ولو رضيتْ ، فلا عَوْدَ إلى الطلب ، بخلاف رضاها بالزوج المؤْلي ؛ فإن القدرة حاصلةٌ [2] ، والتوقعُ ثَمَّ دائمٌ ، وأما ها هنا فحصل [3] اليأسُ .

وإن فسخت في أثناء المدة : لم ينفذ . وإن رضيتْ ، فهل ينفذ حتى يسقط حقُّها ؟ قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنه لم يثبت الفسخ ، والرضا في مقابلته ، فلا يثبت قبله .

والثاني : نعم ؛ لأنها تدّعي المعرفة بالعُنَّة .

ولو رضيت بعد المدة ، فطلقها زوجُها ، ثم راجعها - وكانت [4] العدة وَجَبت باستدخال مائه - لم يثبت لها المطالبة ثانيًا . وإن أَبَانَها [5] ، ثم جدد نكاحها ، فقولان [6] :

أحدهما : لا يعود ؛ لأنها رضيت مرة .

الثاني : نعم ؛ (7 لأنها ربما توقَّعتْ عَوْدَ قوته 7) ؛ ولذلك لو وطئها في النكاح الأول ، وعُنَّ عنها في النكاح الثاني : ثبت لها المطالبةُ . ولو عُنَّ [عنها] [8] في ذلك النكاح بعد الوطء : لم تُطالِب .

النظر الرابع : في النزاع في الإصابة . ومهما تنازعا ، فالقولُ قولُ مَنْ يُنكر الإصابة ، إلا في

---

(1) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(2) في الأصل : « حاصل » .

(3) في الأصل : « حصل » .

(4) في الأصل ونسخة (ب) : « إن كانت ... » . وهو صحيح أيضًا ، ولكن ما في (أ) أوضح.

(5) أي طلقها ثلاثًا ، أو لم يراجعها في الطلاق الرجعي حتى انقضت عدتها .

(6) يعني في حق الفسخ .

(7) وهذا هو الأظهر ؛ لأنه نكاح جديد . انظر الروضة (١٩٩/٧) .

(8) زيادة من (أ) .

ثلاثة مواضع :

(أحدها) : إذا تنازعا في مدة العُنّة والإيلاء ، فالقولُ قولُه ، وإن كان الأصلُ عدمَ الإصابة ؛ لأنه يَعْسُرُ عليه إقامةُ البينة . فإن أقامت البينة على بَكَارتها ، رجعْنا إلى تصديقها وحَلَّفناها ؛ لاحتمالِ رجوع البكارة .

(الثاني) : إذا قالت : « طَلَّقْتَني بعد المسيس ، ولي كمالُ المهرِ » فأنكر : فالقولُ قوله ، إلا إذا أتتْ بولد لزمان يحتمل أن يكون العلوق في النكاح ، فإنا نُثبت النسبَ بالاحتمال ، ونُقَوِّي به جانبَ المرأة ، فنجعلُ القولَ قولَها (١) .

فإن لَاعَنَ عن الولد استقرّ الظاهرُ في جانبه ، فنرجع إلى القياس ، (٢ وتَصْديقُه بيمينه ٢) .

(الثالث) : إذا تنازعا في الوطء ، مع التَّوافُقِ على جَرَيان الخَلْوةِ ، قال بعضُ الأصحاب : الخلوةُ تُصَدِّق مَنْ يدَّعي الوطءَ . والأصحُّ : أن ذلك لا يؤثر في تغيير قانون التصديق .

* * *

---

(١) قال الحموي : « قوله : (إذا قالت : طلقتني بعد المسيس فلي كمال المهر ، فأنكر فالقول قوله ، إلا إذا أتت بولد لزمان يُحتمل أن يكون فيه علوقةٌ في النكاح ، فإنا نُثبِتُ النسبَ لاحتمال ونُقَوِّي به جانبَ المرأة فيجعل القول قولها) .

قلت : ذكر الشيخ الوجة الثاني ولم يذكر الأول ، وقد ذكر بعضُ المتأخرين من الفقهاء أن الثاني قوله : (إلا إذا أتت بولد يحتمل أن يكون العلوقُ في النكاح الأول . إذا قالت : طلقتني .. إلى آخره) والتحقيق عندي : أن الذي قبل الثاني هو الأول ولم يقل : الأول والثاني إذا قالت : طلقتني .. إلى قوله : (ويصدق بيمينه والثالث : وإذا تنازعا في الوطء) على القول الضعيف » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٧ / أ) .

(٢) في (أ) : « ويُصَدَّق بيمينه » .

القسم الخامس من الكتاب [١]

في فصول متفرِّقة شَذَّت عن [هذه] [٢] الضوابط

(وهي ستةُ فصولٍ)

الفصل الأول

فيما يُستباح من الاستمتاع بالنكاح

فنقول : يحِلّ للرجل [٣] جميعُ فنون الاستمتاع ، ولا يُسْتثنى عنه [٤] إلا كراهةٌ في النظر إلى الفَرْج ، وتحريمٌ مؤكَّد في الإتيان في الدُّبُر ، ونَهْيٌ عن العَزْل على وجهٍ [٥] . والصحيحُ : أن العزلَ جائزٌ مطلقا ، ومنهم من مَنع مطلقا وقال : هو الوَأْدُ الأصغر ، ومنهم من أباح [٦] في المنكوحة الرقيقة دون الحرة ؛ خوفًا من إرقاق الولد . ومنهم من جوَّز برضا المرأة ، كأنه يُحذِّر من تضرُّرِها . وكلُّ ذلك ضعيفٌ ، بل القياسُ : أنّ الامتناعَ [٧] عن إرسالِ الماء في الرَّحِم [٧] كالامتناع عن أَصل الإنزال . وتحقيقُ هذه المسألة ذكرناها على الاستقصاء في كتاب « النكاح » من كتب « إحياء علوم الدين » في ربع العادات [٨] ، فلْيُطلبْ منه [٩] .

---

(١) يعني من كتاب « النكاح » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « للزوج » .

(٤) في (أ) : « ولا يستثنى إلا » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (ونهي عن العزل على وجه) أي : على جهة وحالة من الحالات ، أي : أن النهي عن العزل واردٌ ، إمّا على جهة الكراهة - وذلك على رأي مَنْ قال : لا يحرم مطلقا - وإما على جهة التحريم ، وذلك علي رأي مَنْ حرّم . وقوله : (والصحيح أنه جائز مطلقا) عَنَى بالجواز ها هنا نَفْيَ الحرج لاستواء الطرفين ، وذلك اصطلاحٌ سائغ بين الفقهاء ، وهذا لأن هذا القائل يحمل النهيَ على الكراهية ، صرح به في « البسيط » وهو كذلك ولو لم يَقُلْه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٤/ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أباحه » .

(٧) في (أ) : « عن إرسال الماء الرحم » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « في ربع العبادات منه » .

(٩) قال هنالك بتصرفٍ : « والصحيحُ - عندنا - أن ذلك مباحٌ ، وأما الكراهة فإنها تطلق لنهي التحريم ولِنَهْيِ التنزيه ، ولتركِ الفضيلة ، فهو مكروه بالمعنى الثالث ، أي فيه تركُ فضيلةٍ . كما يقال : يُكره للقاعد في المسجد أن يقعد =

ولا خلافَ في جواز العزل من [1] السُّرِّيّة [والمملوكة] [2] حِفظًا للملك . واختلفوا في أن المسْتَوْلَدة [3] كالسُّرِّيّة أو كالمنكوحة ؟ [4] .

وأما الإتيانُ في الدُّبُر فمحرمٌ في المملوك ، والمملوكة ، والمنكوحة . وما يُحكى عن بعض الأئمة من تجويزه في المنكوحة ، فهو اختراع [5] ، بل النصُّ في النَّهْيِ عن إتيان النساء في المحيض ،

= فارغًا لا يشتغل بذكر أو صلاة ... وإنما قلنا : لا كراهة بمعني التحريم والتنزيه لأن إثبات النهي إنما يكون بنص أو قياس على منصوص ، ولا نصَّ ولا أصلَ يُقاس عليه ، بل ها هنا أصلٌ يقاس عليه ، وهو تركُ النكاح أصلًا ، أو تركُ الجماع بعد النكاح ، أو الإنزال بعد الإيلاج ، وكلُّ ذلك تركٌ للأفضل ، وليس بارتكاب نهي ، ولا فرق . وليس ذلك كالإجهاض والوأد ؛ لأن ذلك جنايةٌ على موجود حاصل ، وله أيضا مراتب ... » . انظر الإحياء(٢/٤٧،٤٨) .

(١) في (أ) : « عن » .   (٢) زيادة من (أ) .

(٣) الاستيلاد لغةً : هو طلبُ الولد مطلقا ، وفي الشرع : طلب الولد من الأمة . وكلُّ مملوكةٍ ثبت نسبُ ولدِها من مالكٍ لها – أو لبعضها – فهي أمُّ ولدٍ له ؛ ومن ثَمَّ يحرم بيعُها وتعتق بموت سيدها . انظر : كتاب الاختيار (٤/٣٠) . المبدع في شرح المقنع (٦/٣٧٢) .

(٤) يعني في جواز العزل عنها . وفي الروضة (٧/٢٠٦) : « أن السُّرِّيّة أولى بجواز العزل عن المنكوحة ؛ لأنها غير راسخة في الفراش ؛ ولهذا لا يَقْسِم لها » .

(٥) يشير الإمام الغزالي (رحمه الله) إلى ما حُكي عن الإمام الشافعي (رحمة الله عليه) أنه أباح إتيان الزوجة في دبرها . ثم أشار الغزالي إلى تكذيب ذلك . قلت : وممن نقل ذلك عن الشافعيّ (رحمه الله) محمدُ بنُ عبد الحكم ، وكان من أصحاب الشافعي ، ولكن رجع إلى مذهب مالك بعد وفاة الشافعي ، وقد كذَّب محمدَ بن عبد الحكم أيضًا في هذه الرواية الربيعُ بقوله : « كَذَبَ – واللّهِ – الذي لا إله إلا هو ؛ قد نصَّ الشافعي على تحريمه في ستة كتب » وقد تعقَّب الحافظُ ابن حجر هذا التكذيب من الربيع بقوله : « وتكذيبُ الربيعِ لمحمد لا معنى له ؛ لأنه لم ينفرد بذلك ؛ فقد تابعه أخوه عبد الرحمن عن الشافعي . ثم قال : ولا خلاف في ثقته وأمانته ، وإنما اغتر محمدٌ بكون الشافعي قصَّ له القصة التي وقعت له بطريق المناظرة بينه وبين محمد بن الحسن . ولا شك أن العالم في المناظرة يَتَقَلَّد القولَ وهو لا يختاره ، فيذكر أدلته إلى أن ينقطع خصمه ، وذلك غَيْرُ مستنكرٍ في المناظرة . وقال الحاكم : لعلّ الشافعي كان يقول بذلك في القديم ، فأمّا في الجديد ، فالمشهورُ أنه حرمه » . انظر التلخيص الحبير (٣/٢٠٤ – ٢١٢) .

قلت : وقد سبق الحافظَ ابن حجر الإمامُ البيهقيُّ بهذا الاعتذار ، فقال : « وهذه الحكاية ، مناظرةٌ جَرَتْ بين الشافعي وبين محمد بن الحسن . وفي سياقها دلالةٌ على أنه إنما قصَدَ – بما قال – الذَّبَّ عن بعض أهل المدينة على طريق الجدل ، فأما هو فقد نَصَّ في كتاب « عشرة النساء » على تحريمه . انظر : معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٠/ ١٦٥) والسنن الكبرى (٧/١٩٨ وما بعدها) .

=

وتعليلُه بأنه أذًى : مُنبّهٌ على تحريمه بطريق الأَوْلَى [١] ؛ فإن الأذى في ذلك الموضع دائمٌ .

ثم اتفق الأصحابُ على أنه في مَعْنى الوطءِ في إفساد العبادات [٢] ، ووجوبِ الغُسْلِ من الجانبين ، ووجوب الكفَّارة ، ووجوبِ مهر المثل في النكاح الفاسد ، وبالشبهة ، ووجوب العِدّة ، وحُرمة المصاهرة .

واتفقوا على أنه لا يتعلّق به التحليلُ [٣] ، والإحصانُ ، احتياطًا للتحليل ولِسُقوط الحدّ [٤] .

وترددوا في أربعة أمور [٥] :

= قلت : والنصُّ من الشافعي على تحريم ذلك ثابتٌ في أكثر من موضع ، ومن ذلك ما قاله في « الأم » بعد استدلال : « فلستُ أُرَخِّص فيه ، بل أَنْهَى عنه » انظر الأم (١٧٣/٥ وما بعدها) . معرفة السنن والآثار (١٦٢/١٠) . وروى عنه البيهقي في المعرفة (١٦٢/١٠) قولَه : « وإباحةُ الإتيان في موضع الحرث يُشْبِه أنْ يكونَ تحريمَ غيرِه » ثم ساق البيهقيُّ بإسناده عن الربيع بن سليمان قال : « كان الشافعيُّ يحرم إتيانَ النساءِ في أدبارهن » . بل نصَّ الشافعيُّ على ما هو أشد من ذلك بقوله : « ولست أرخص فيه ، بل أَنهى عنه ، وإن أصابها في الدبر لم يُحَصِّنها ، وينهاه الإمامُ ، فإن عاد عزَّره ، فإن كان في زنا حَدَّهُ ، وإن كان غاصبًا أَغْرَمَه المهرَ ، وأفسد حِجَّه » . انظر مختصر المزني ص (١٧٤) .

(١) يقصد الإمامُ الغزالي بالنصّ قولَه تعالى : ﴿ ويَسْألونَكَ عَنِ المحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى ، فاعْتَزِلوا النِّسَاء فى المحِيضِ .... ﴾ (البقرة : ٢٢٢) .

وقوله : (بطريق الأولى) يُسَمى لَدَى الأصوليين بمفهوم الموافقة ، وهو دلالةُ اللفظِ على ثبوت حُكْمِ المنطوق به للمسكوت عنه ، وموافقته له نَفْيًا وإثباتًا ، وذلك لاشتراكهما فى مَعْنيً يُدْرك من اللفظ بمجرد معرفة اللغةِ ، دون الحاجة إلى بحثٍ واجتهاد . وسُمِّي بمفهوم الموافقة ؛ لأن المسكوت عنه موافِقٌ للمنطوق في الحكم . انظر : البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين (٤٤٩/١) . شرح تنقيح الفصول للإمام القرافي ص (٥٤) . تيسير التحرير للأمير بادشاه الحنفي (٩٤/١) .

(٢) وذلك كالصيام والحج ، فمن وطىء امرأته في دبرها – في نهار رمضان – فسد صومه .

(٣) يعني أن المطلقة ثلاثًا ، إذا وطئها زوجها الثاني في دبرها فقط ، ثم طلقها – أو مات عنها – فإنها لا تحل بذلك لزوجها الأول ؛ إذ لا بد من الوطء في القبل .

(٤) في (أ) : « وسقوط الحدّ » .

(٥) قال الإمام النووي (رحمه الله) : « قال أصحابُنا : الوطءُ في الدبر كالوطء في القبل إلا في سبعة أحكام : التحليل ، والتحصين ، والخروج من الفَيْأَة ، والتَّعْنين ، وتغير إِذْن البكر ، والسادسُ : أن الدبرَ لا يحلُّ بحال ، والقُبُلُ يحِلُّ في الزوجة والمملوكة ، والسابع : إذا جُومعت الكبيرةُ في دبرها فاغتسلتْ ، ثم خرج مَنِيُّ الرجل من دبرها ، لم =

أحدها : النَّسَبُ . والظاهرُ أنه يثبت ؛ لأن الماء قد يسبق [١] ، ويتجهُ هذا عند من يُثبت النسبَ في السُّرِّيَّة بمجرد الوطء مع العَزْل [٢] .

الثاني : تقريرُ المسَّمى في النكاح . والظاهرُ أنه يتعلَّق به [٣] . وإنما ذكر العراقيون فيه ترددًا مع قَطْعِهم بوجوب مهر المثل في النكاح الفاسد .

والثالث : الرجم والجلد [٤] . ثم إذا أوجبْنا به الحَدَّ [٥] ، لم نُوجبْه في المملوكة والمنكوحة ، بل ذلك كإتيانهما [٦] في الحيض . ونُوجِبُ في المملوك ؛ لأن الملك هاهنا لا ينتهض شبهةً ، بخلاف وَطْءِ الأُخت المملوكة [٧] ، فإن الصحيحَ - ثَمَّ - سقوطُ الحدِّ ؛ لقيام المبيح .

الرابع : في الاستنطاق في النكاح [٨] : والظاهرُ : أنها لا تُسْتَنْطَق ، وفيه وجهٌ : أنها كالثيب .

= يجب غسلٌ ثانٍ بخلاف القُبُل ، وقد يجيء في بعض المسائل وجهٌ ضعيف ، ولكنَّ المعتمدَ ما ذكرناه » . انظر الروضة (٢٠٥/٧) .

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « قد سبق » ، وما في (ب) أولى سياقا ، وهو المثبت .

(٢) قال ابن الصلاح : « هذا مقصور في السيد في أمته ؛ لأن الوطء إنما يعتبر في إلحاق النسب في ملك اليمين ، أما النكاح فالنسبُ يثبت فيه بمجرد الإمكان » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٥/أ).

(٣) وهذا هو المذهب كما في الروضة (٢٠٤/٧) .

(٤) في (أ) : « الجلد والرجم » .

(٥) في (أ) : « الجلد » . وفي (ب) : « ثم إذا أوجبنا الجلد » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كإتيانها » .

(٧) يعني أنّ مَنْ جمع بين أختين بملك اليمين ، إذا وطيء إحداهما ، حَرُم عليه وَطْءُ الأُخرى حتى تحرم عليه التي وطئها : بِهِبةٍ ، أو بيع ، أو تزويج . فإذا لم يفعل ذلك ، ووطيء الاثنتين كان حرامًا ، ثم لا يُقَام عليه حدُّ الزنا ؛ لشبهةِ الملك الذي عبر عنه الإمام الغزالي بقيام المبيح .

(٨) يعني أن البكر لو أُتِيَتْ في دبرها - قبل زواجها - هل تصير كالثيب إذا عُرِض عليها الزواج من شخص ، لا يُكتفى بسكوتها في الموافقة ؟ أم لابد أن تأذن صراحةً بالنطق ، كالثيب ؟ والمذهبُ : أنها لا تُستنطق كما رجحه الغزاليُّ (رحمه الله) . وانظر : الروضة (٢٠٥/٧) ، الغاية القصوى (٧٤٩/٢) .

الفصل الثاني
في وَطْءِ الأبِ جاريةَ الابن

وهو حرامٌ ، ولكنْ له في مالِ ابنه شبهةُ الإعفاف ، وبمثلِ هذه الشبهة يَسْقط [١] عنه حدُّ السرقة ، فتؤثِّرُ هذه الشبهةُ أيضًا في دَرْءِ الحدِّ عنه [٢] ، ووجوبُ المهر عليه [٣] ، وفي تحريم الجارية على الابن أبدًا بحكم المصاهرة ، وفي ثبوت النسب ، وانعقاد الولد على الحرية . وهل تَصير مُسْتولدةً له إذا أَحْبَلَها [٤] ؟ فيه قولان :

المنصوصُ - (٥ وهو مذهبُ أبي حنيفة ٥) - أنها تصير مُسْتولدةً ؛ إذ لا وجه للحكم بحرية الولد إلا نقل [٦] الملك إليه (٧رعاية لحرمة الأبوة ٧) : / ١٧١/ب

والثاني - وهو مذهب المزنيّ - أنه لا يثبت [٨] ؛ لأنه لا سببَ لِنَقْلِ الملك إليه ، وليس من ضرورة حريةِ الولدِ نَقْلُ الملك [إليه ؛ فإن الوطء بالشبهة ، يُوجب حريةَ الولد ، ولا يُوجب أُمِّيَّةَ الولد ، وكذلك المغرور بحُرِّيّة الجاريةِ ، يُخْلق الولد حُرًّا ، ولا تحصلُ أُمِّيَّةُ الولد للجارية ، ولا يُنْقل الملك إليه] [٩] . وحُكِيَ عن صاحب « التقريب » [١٠] قولٌ ثالث في الفرق بين المعْسِر والموسِر كما في

(١) في (أ) : « سقط » .

(٢) ولكن يعزَّر على الأصح ؛ لحقّ اللهِ تعالى . انظر الروضة (٢٠٧/٧) .

(٣) يعني أن شبهة الإعفاف تؤثر في درء الحد ، ولكن وجوبُ المهر لا يسقط عنه .

(٤) أي : هل تصير أمَّ ولد ؟ ومن أحكام « أم الولد » أنها تعتق بموت سيدها . انظر : الهداية (٣٥٢/٢) . مختصر المزني ص (٣٣٢) . التنبيه للشيرازي ص (٩٩) .

(٥) في (أ) : « وهو قول » . وانظر قوله في الهداية (٢٣٦/١) ، (٣٥٣/٢) . وانظر نص الشافعي في مختصر المزني ص (١٦٧) .

(٦) في (أ) : « إلا بنقل الملك إليه » .

(٧) في (أ) : « لِرعايةِ حرمةِ الأبوة » .

(٨) انظر قولَ المزني وبرهانَه في مختصره ص (١٦٧) .

(٩) ما بين الحاصرتين زيادة من (ب) .

(١٠) هو أبو الحسن القاسم بن القفال الشاشي الكبير ، وقد سبقت ترجمته في القسم الدارسي .

سِرَايَة العتق . فإن قلنا : لا تحصل ؛ فلا يجوز بيعُ الجارية وهي حاملٌ بولدٍ حُرّ . وهل تجبُ قيمةُ الجارية على الأب لهذه الحيلولة إلى وقت الولادة ؟ فيه وجهان ، والظاهر : أنه [١] لا يجب ؛ لأن يده مستمرةٌ وانتفاعَه دائمٌ ، وإنما هذا تأخير بيع . أما قيمةُ الولدِ ، فتجب – علي هذا القول – باعتبار يوم الانفصال إن انفصَلَ حيًّا .

وإن قلنا : يثبت الاستيلادُ ، ففي وجوبِ قيمة الولد وجهان [٢] يَنبنيانِ على أنَّ المِلْك يُقدَّر انتقالُه [٣] بعد العَلوق أو مع العلوق ؟ منهم من قال [٤] : بعد العلوق ، فتجب القيمة ؛ لأن [٥] المعلول يترتب على العلة . والصحيح : أنْ لا قيمةَ [٦] ، والملكُ ينتقل مع العلوق . والمعلولُ مع العلة – وإن كان بينهما ترتيبٌ – فهو عقليّ لا زمانيّ ، وإذا [٧] قارنَه ، فقد صادَفَ العلوقُ مِلْكَ الأب ، فلا تجب القيمة [٨] . وقد قيل [٩] : يقع قبل العلوق [١٠] ، وهو ضعيفٌ ، يُضاهي قولَ أبي حنيفة : إنه يقع قبل الوطء حتى يسقط المهر أيضًا [١١] . وتقديمُ المعلول على العلة – من غير

---

(١) في (أ) : « أنها » .

(٢) من قوله : « والظاهر أنه ..إلى قوله : وجهان » ساقط من (ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (يقدر انتقاله) أي : يحكم بانتقاله » مشكل الوسيط . (جـ٢ ق ٩٥/ب) . وفي نسخة (ب) : « يعذر انتقاله » وهو خطأ واضح .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ومنهم من قال » .

(٥) في (ب) : « لكن ..» .

(٦) وهو المذهب . انظر : الوجيز (٢١/٢) . الروضة (٢٠٩/٧) . منهاج الطالبين ص (١٠١) . الغاية القصوى (٢/ ٧٤٤) . فتح الوهاب (٥٣/٢) .

(٧) في (أ) : « فإذا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « إن كان الانتقال مع العلوق ، فيلزم منه ألا تجب قيمة الولد على الأب ، فإنه لا يمكن إطلاق القول حينئذ بأنه فوَّتَ الرقَّ على الابن ؛ لكونه – أي المولود من الأمة – كان مع ملك الأب ، وهذا معنى قوله : (صادف العلوق ملك الأب) » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٥/ب وما بعدها) .

(٩) في (أ) : « وقيل » .

(١٠) في (ب) : « .. قُبَيْلَ العلوق » .

(١١) انظر الهداية (١/ ٢٣٦) . (٣٥٣/٢) .

ضرورة - ممتنعٌ في الأحكام ، ومستحيلٌ - على الإطلاق - في العقليات .

هذا كلُّه إذا لم تكن الجاريةُ موطوءةَ الابنِ ، فإن كانت موطوءةَ [الابنِ] (١) فقد حَرُمتْ على الأَبِ على التأبيد . وإن أثبتنا الاستيلادَ لم يُبَحْ للأبِ غشيانُها ؛ لأن التحريم المؤبَّد لا يرتفع بالطوارىء .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

الفصل الثالث
في إعفاف الأب

وفي وجوبه قولان :

أحدهما : – وهو المذهبُ المشهورُ – أنه يجب [١] ؛ لأن تعريضَه للزنا مع القدرة على تَحْصِينه عن الحدّ في الدنيا والعذابِ في الآخرة – لا يَليق بِحُرْمة الأُبُوَّة .

والثاني : – وهو مذهبُ أبي حنيفة والمزني ، وهو القياسُ – أنه لا يجب [٢] كما لا يجب إعفافُ الابن [٢] ، وكما لا يجب إعفافُ المحتاجين من بيت المال .

فإن قلنا : يجبُ ، فإنما يجب إعفافُ الأبِ ، المحتاجِ إلى النكاح [٣] ، الفاقدِ للمهر . فهذه ثلاثةُ قيودٍ [٤] :

الأول : الأب . ويدخل تحته الجدُّ وإنْ عَلا ، من جهة الأب ومن جهة الأم ، [٥] وهو كلُّ من يستحقُّ النفقةَ [٥] .

ولو اجتمع اثنانِ منهم في درجة [٦] ، واقتضى الحالُ توزيعَ النفقة – إذا لم يَقدرِ الابنُ إلا [٧] على نفقةِ أحدِهما ، كما سنذكره في [كتاب] [٨] « النفقات » – إن شاء الله تعالى – فهاهنا لا يمكن التوزيعُ ، ففيه وجهان :

---

(١) قوله : « أنه يجب » ساقط من (ب) . وانظر نهاية المحتاج (٣٢٢/٦) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « المحتاج للنكاح » .

(٤) في (أ) : « ثلاث قيود » وهو خطأ .

(٥) في (ب) : « وهو من يستحق النفقة » .

(٦) يعني في درجة واحدة متساوية في القرابة ، وذلك مثل أبي أم الأب ، وأبي أبي الأم . انظر : مغني المحتاج (٣/ ٢١١) . ونهاية المحتاج (٣٢٢/٦) .

(٧) كلمة : « إلا » ساقطة من (ب) .

(٨) زيادة من (أ) .

أحدهما : أنه يُقْرع بينهما [1] .

والثاني : أن القاضي يجتهد ، [2] ويُقدم مَنْ يرى في مخايله [2] أنه أحوجُ إلى النكاح .

وأما قولُنا : (محتاج إلى النكاح) فأردنا به [صِدْقَ] [3] الشهوة ، فإذا ادعي الشهوةَ ، وَجَب قبولُه من غير تحليفٍ ؛ فإن ذلك لا يليق بالاحترام . نعم ، هو بينه وبين الله تعالى لا يحلُّ له اقتراحُ [ذلك] [4] إلا إذا صَدقَتْ شهوتُه ، بحيث يَعْسُر عليه مُصَابرتُها ، ويحتمل أن يُعْتبر مع ذلك خوفُ العنتِ كما في نكاح الأَمَة .

وأما قولنا : (الفاقد للمهر) فأردْنا به أنه لو وَجَد مالًا - هو بُلْغَةُ نفقتِهِ أيامًا [5] ، لكنه [6] لا يَفي بالمهر - فيجب إعفافُه ؛ لأنه مُشتغنٍ عن النفقة دون الإعفاف . وفيه وجه بعيد : أنه لا يستحق ؛ لأنه لا يستحق النفقة . وهو ضعيف .

وأما قولنا : (يجب الإعفاف) فنعني به [7] ما تحصل [به] [8] عفته عن الزنا . ويحصل ذلك بأن يُزَوِّج منه امرأةً مسلمة ، أو كتابيةً ، أو يُمَلِّكه جاريةً ، أو يُسلِّم إليه صداقَ امرأة ، أو ثمنَ جاريةٍ ، ثم يُلْزم [9] مؤنةَ الزوجة في دوام النكاح .

وليس للأب أن يُعينِّ امرأةً رفيعةَ المهر . ومهما تعيَّنَ مقدارُ المهر ، فتعيينُ الزوجةِ إلى الأب ، لا إلى الابن .

ولا يكفيه أن يُزَوِّجه عجوزًا شَوْهاء ، أو مَعِيبةً ببعض العيوب ؛ فإن ذلك لا يُعِفُّ ، ويكون

---

(1) وهذا الوجه هو الصحيح كما في الروضة (٧/٢١٥) . وفي (ب) : « أن يقرع بينهما » .

(2) في (أ) : « ويقدم من بَدَا من مخايله » .

(3) زيادة من (ب) .

(4) زيادة من (أ) ، (ب) .

(5) في (ب) : « إياها » وهو خطأ واضح .

(6) في (ب) : « لكن » .

(7) في (أ) : « أردنا به » .

(8) زيادة من (أ) .

(9) في (أ) ، (ب) : « يلتزم » .

[ذلك] [١] كطعامٍ فاسد [٢] لا يَنْسَاغ ، فإنه لايُقْبل في النفقة .

ولا يَلزمه تسليمُ الصداق إلى الأب ، [٣] بل له أن لا يسوق [٣] الصداق إلا بعد العقد .

فرعان

أحدهما : أنه تكفيه زوجة واحدة ، فلو ماتت لزمه الأخرى [٤] ، وفيه وجه بعيد : أنه لا يلزمه ؛ لأن النكاح وظيفة العمر [٥] فيكفي مرةً واحد .

ومهما فَسخ [٦] نكاحَها بيعض العيوب ، أو انفسخ – لا باختياره – فيجب التجديدُ كما في الموت . أما إذا طلَّقها ففي التجديد ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يجب ؛ لأن [٧] تكليفَه إمساكَ زوجةٍ واحدة ، فيه عُسْرٌ .

والثاني : لا يجب ؛ إذ هو الذي قَطَع النكاحَ بنفسه .

والثالث : أنه إن طلّق بعذر ظاهرٍ من رِيبَةٍ أو غيرها ، كان كالردّ بالعيب ؛ فيجب التجديدُ ، وإلا فلا [٨] . أما إذا كان مِطْلاقًا [٩] ، بحيث يُنْسب في العُرْف إليه ، فلا يجبُ التجديدُ .

الثاني : لو ملك الابنُ جاريةً ، [١٠] فإذا أراد [١٠] أن يُزَوِّجها [منه] [١١] فهذا يُبتنى على أصلين :

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « فأفسد » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « بل له أن يسوق » وهو خطأ .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لزمه أخرى » وهو أليق .

(٥) في (أ) : « طريحة العمر » .

(٦) في (أ) : « فسد » .

(٧) في (ب) : « لكن » .

(٨) وهذا الوجهُ هو الأصح كما في الروضة (٢١٧/٧) ، وانظر : المنهاج ص (١٠١) ، ونهاية المحتاج (٣٢٤/٦) .

(٩) في الأصل : « طلاّقًا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : .

(١١) زيادة من (ب) .

(أحدهما) : أن الأب ، هل يُعَدُّ مُوسِرًا بمالِ ولده ، حتى يمتنع عليه نكاحُ الأمة ؟ وفيه خلافٌ [١] .

فإن قلنا : لا يُعَدّ موسرًا ، فَيُبْتنى على أن وَطْءَ جاريةِ الابنِ ، هل يُوجِب الاستيلادَ ؟ [٢] .

فإن قلنا : يُوجِب ، لم يصحَّ النكاحُ [٣] ؛ لأنه يؤدي إلى انفساخ النكاح بحصول الولد ، الذي هو مقصودُ العقد .

أما إذا كان الأبُ عبدًا ، ونكح جاريةَ / ابنِه : جاز ؛ لأن [٤] الاستيلاد في حقّه غَيْرُ ممكِنٍ ؛ إذ لا يُتصوَّر له الملكُ ، فكيف ينتقل الملكُ إليه [٥] ؟! . ١٧٢/أ

ولو نكح الحرُّ أمةَ أجنبيٍّ ، فملكها ابنُه ، لم ينفسخِ النكاحُ ؛ لأن هذه الشروط والتوهمات [٦] إنما تُعتبر في ابتداء العقد لا في دوامه . نعم ، إذا حَصَل ولدٌ في ملك الابن ،

---

(١) قال في الروضة (٢١٧/٧) : « إذا قلنا : لا يجب الإعفافُ ، فللأبِ المحتاجِ أن ينكح أَمَةً ، وإن أوجبناه ، فوجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأنه غيرُ مستطيعٍ حرةً ، وخائفٌ العنتَ .

وأصحهما : المنع ؛ لأنه مستغنٍ بمال ولده » .

(٢) وهو الأصل الثاني . قال ابن الصلاح : « ويعني بالأصل الثاني ثبوتَ الاستيلادِ بوطْئه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/أ) .

(٣) قال في الوجيز (٢٢/٢) : « وليس للأب أن يتزوج جارية الابن » .

(٤) كلمة : « لأن » ساقطة من (ب) .

(٥) قال ابن الصلاح : « تعرض (رحمه الله) في العبد لانتقاء مانع الاستيلاد فحسبُ . ومانعُ اليسار أيضًا مُنْتَفٍ ؛ إذ لا يَسَارَ للعبد بمال ولده ؛ فإنه لا حَقَّ للرقيق في مال ولده الحرّ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/أ) .

(٦) قال ابن الصلاح : « أشار بالشروط إلى مانع اليسار ، فلا أَثَرَ – في نكاح الأمة – لليسار الطارىء كما عُرف . وأشار بالتوهّمات إلى مانع الاستيلاد ، فإن الاعتماد فيه على توقُّعِ الانفساخ بحصول الولد كما سبق . وفي المسألة وجهٌ – ليس عند المصنف – غريبٌ كما يأتي مثلُه في المكاتب ، والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ٩٦/أوما بعدها) .

انفسخ النكاحُ إذ ذاك ، وانعقد الولدُ على الحريةِ (١) . وقال الشيخ أبو علي : لا ينعقد على الحرية ؛ فإنّ الوطءَ في مِلْك النكاح لا يقتضي حريةَ الولد ، فلا يحصل الاستيلادُ . وهو بعيد (٢) ، ولو أمكن هذا ، لحكمنا بصحة النكاح ابتداءً كما قاله أبو حنيفة (٣) .

ولا خلافَ بين الأصحاب ، أنه لو نكح جاريةَ مكاتبِه لم يصح ؛ لِتَوَقُّعِ الاستيلادِ [و] (٤) انقلابِ المِلْك إليه كما في جارية الابن ، لكن لو طرأ ملكُ المكاتب على زوجة سيده ، ففي الانفساخ وجهان :

أحدهما : لا ، كطُرْآن ملك الابن .

والثاني : ينفسخ ؛ (٥ لأن المكاتبَ ومالَه كالملك للسيد ٥) فلا يفرق في ذلك بين الطارىء والمقارن كما في ملكِ الزوجِ زوجتَه (٦) .

* * *

---

(١) وهذا الوجه قال به الشيخ أبو محمد ، ومال إليه ابنه إمام الحرمين . انظر : الروضة (٧/٢١٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وهذا بعيد » .

(٣) انظر الهداية (١/٢٣٧) .

(٤) زيادة من (أ) ، وهي ضرورية .

(٥) في (أ) : « لأن المكاتب ومَالَه للسيد » .

(٦) ورجّح هذا الوجهَ في الوجيز (٢/٢٢) . وانظر الروضة (٧/٢١٤) .

الفصل الرابع

في تزويج الإماء وحكمه في الاستخدام ، والنفقة ، والمهر

أما الاستخدام ، فلا يبطل بالتزويج – وإنما يحرم الاستمتاعُ – ؛ لأن تعطيلَ منفعتِها [1] على السيد ينفره من الرغبة [2] في التزويج بخلاف الحرة ؛ فإنها صاحبةُ الحظِّ ، فيرغب مع تعطيل المنافع .

ثم السيدُ يستخدمها نهارًا ، [3] ويُسَلمها إلى الزوج ليلا [3] ، فلو عكس لم يَجُزْ ؛ لأن الليل هو وقتُ الاستمتاع ، ولذلك يُعْتمد عليه في القَسْم . نعم ، هل للسيد أن يقول : أُبَوِّئُها بيتًا في داري لِيَلْقَاها [4] زوجُها ولا أُسَلمها إليه ؟ فقولان [5] :

أحدهما : لا ؛ لأنه يناقِضُ تمامَ التمكين [6] .

والثاني : له ذلك ؛ لأن اليد حقه ، ولا ضرورة إلى إبطاله ، كيف ؟ ولا خلافَ أنَّ له أنْ يُسافر بها ، وعلى الزوج – إن أراد صُحْبتها – أن يَصحبها ، ولْينفرد [7] بها ليلًا ، فإذا جاز ذلك فهذا أَوْلَى .

فإن قلنا : ليس له أن يُبَوِّئها بيتًا ، فلو كانت مُحْترفة [8] ، فقال الزوج : سلِّموها نهارًا إليّ

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : لأن تعطيل منفعتها ...) هو تعليلٌ لقوله : (فلا يبطل الاستخدام في التزويج) لا لقوله : (وإنما يحرم الاستمتاع) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/ب) .

(٢) في (أ) : « عن الرغبة » .

(٣) في (أ) : « ويُسَلمها ليلًا إلى الزوج » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لِيَنْتَابَها » وهما بمعني متقارب . وعلى هامش الأصل إشارة إلى أنها في نسخة أخري « لينتابها » .

(٥) في (أ) : « فيه قولان » .

(٦) وهذا القولُ هو أظهر القولين كما في الروضة (٢١٨/٧) وعلله بأن الحياء والمروءة تَمْنعان الزوج من دخول دار غيره . ولوأن الزوج فعل ذلك – فأتاها في بيتِ سيدها ليلا – لم تلزمْه نفقةٌ بلا خلافٍ . وانظر : مغني المحتاج (٣/ ٢١٨) ، نهاية المحتاج (٣٣١/٦) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لِيَنْفرد » بدون الواو .

(٨) أي : لها حرفة .

لِتحترفَ في بيتي ، وأَستأنس بمشاهدتها . قال أبو إسحاق المروزيُّ : يجب إسعافُه ؛ جَمْعًا بين الجانبين . وقال الأكثرون : لا يجب تسليمها في مُدة العمل ؛ فإن ذلك نقصٌ في حقّ السيد [1] .

أما النفقة : فتجب على الزوج بكمالها إنْ تُسَلَّم [2] إليه ليلا ونهارًا . وإن لم تُسلَّم إليه إلّا بالليل ، فثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أن [لها] [3] النفقةَ على السّيّد ؛ لأن النفقة إنما تجب - بكمال التمكين - على الزوج ، ولم يَجْرِ [4] .

والثاني : أنه يجب كمالُ النفقة [على الزوج] [5] ؛ لأنه [6] يُسَلّم له [6] كمال التمكين المستحقّ بالنكاح .

[والثالث : أنه يتشطَّر ؛ لِتشَطُّر الزمان [7] .

أما إذا نَشَزت الحرةُ [8] نهارًا ، وسلّمت ليلا ؟ فعلى وجه : تسقط جميعُ النفقة ، وعلى وجه : يسقط الشّطْر ؛ لأنه لم تُسَلّم [9] كمال المستحق بالنكاح] [10] .

ولا خلافَ في أنه لو سافر السيد بها ، سقطت النفقةُ ، ولم يلزم الزوجَ مُصَاحبتُها والإنفاقُ عليها .

---

(1) وهو الأصح كما في الروضة (٢١٨/٧) .

(2) في (أ) ، (ب) : « إن سُلّمت » .

(3) زيادة من (أ) .

(4) وهذا الوجه هو الأصح كما في المنهاج ص (١٠١) . والروضة (٢١٩/٧) .

(5) زيادة من (أ) .

(6) في (أ) : « سلم إليه » ، وفي (ب) : « سلم له » .

(7) وهذا الوجه رجحه الغزالي في الوجيز (٢٢/٢) .

(8) في نسخة (ب) : « المرأة » مع إشارة إلى أنها في نسخة أخرى « الحرة » .

(9) في (ب) : « لم تُسلمه » .

(10) ما بين الحاصرتين ساقط من (أ) . وقال النووي فى الروضة (٢١٩/٧) : « الصحيحُ : الجزْمُ فى الحرة بأنه لا يجب شيءٌ في هذه الحال » .

وأما المهرُ : فإنما يجب للسيد ، ولا يسقط بإسقاطها .

والنظرُ في السقوط بالقتل ، والبيع [١] :

أما القتل ، فقد نصَّ الشافعيّ (رضي الله عنه) أن السيد لو قتلها قبل المسيس ، فلا مهر له [٢] . مع أنه لا خلاف في [٣] أن الحرة لو ماتت ، أو قتلَها أجنبيٌّ قبل المسيس : استقر المهر ؛ لأن ذلك نهايةُ النكاح ، ولذلك يتعلّق به الإرثُ . فمنهم من خرَّج قولًا في الأمة من الحرة . ومنهم من قرر النصَّ ، وعلل بعلتين :

(إحداهما) : أن السيد زوَّج بحكم مِلْك اليمين ، فيسقط حقُّه بإتلافه قبل القبض كما في البيع .

(والثانية) : أن العاقد [٤] هو الذي فوَّت المعقود عليه [٥] فيمتنع منه المطالبة [٦] .

وينبني على العلتين [قَتْلُ الحرةِ نفسَها ؛ لأنها عاقدةٌ وليست مملوكة ، وفيه [٧] وجهان . وكذلك قَتْلُ الأجنبيِّ الأمةَ يُخَرَّج] [٨] على العلتين [٩] .

---

(١) يعني سقوط المهر بالقتل والبيع .

(٢) انظر نص الشافعي (رحمه اللّه) في مختصر المزني ص (١٦٧) ، وهو المذهب كما في الروضة (٢١٩/٧) . والمنهاج ص (١٠١) . ونهاية المحتاج (٣٣٢/٦) .

(٣) كلمة : « في » ليست في (ب) .

(٤) وهو السيد .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (إن العاقد هو الذي فوت المعقود عليه) ذكر شيخه في « نهايته » أن هذه العلة يُعتبر فيها ما سبق في العلة الأولى من الفوات قبل التسليم المُشَبَّه بفوات المبيع قبل القبض ، مع خصلة أخرى ، وهي أن المُفَوِّت هو المستحِقّ للمهر ، وتمتنع منه المطالبة وكان الأَوْلى بصاحب « الوسيط » أن يقول : (المستحِقُّ للمهر ، هو الذي فوّت المعقود عليه قبل التسليم) ولا يقول : (العاقد ...) والله أعلم » - مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/ب) .

(٦) في (أ) : « فيمتنع به المطالبة » يعني بسبب تفويته .

(٧) في (أ) : « ففيه » .

(٨) مابين الحاصرتين ساقط من (ب) .

(٩) والمذهبُ : أن الحرة لو قتلتْ نفسها - قبل الدخول - أو قتل الأجنبيُّ أمةً ، أو ماتت : فلا يسقط مهرها ، كما إذا هلكت بعد الدخول . انظر : الروضة (٢١٩/٧) . المنهاج (١٠١) . الغاية القصوى (٧٤٨/٢) . نهاية المحتاج (٣٣٢/٦) .

فأمّا موتُ الأمة [فلا يُخَرج على العِلَّتين] [١] ، ولا خلافَ أنه يُقرر المهرَ . أما إذا باع الأمة ، لم ينفسخ النكاحُ ، خلافًا لابن عباس (رضي اللّه عنه) ، ويُسلم المهر للبائع ؛ لأنه وَجَب بالعقد إلا في صورة التفويض على قولنا : يجبُ المهرُ بالمسيس غير مستند إلى العقد ، فعند ذلك إذا جرى المسيس في ملك المشتري ، كان له المهرُ . نعم ، لو باع قبل تسليم المسَمَّى ، لم يكن له مَنْعُ الأمة وحبسُها لِسَوْق الصداقِ إليه ؛ إذ [٢] لم يَبْقَ له تَصرُّفٌ في الأمة ، ولم يكن أيضًا للمشتري الحبسُ ؛ لأنه لا يستحقّ المهر [٣] فيستفيد الزوجُ بالبيع سقوطَ حقِّ المنْع [٣] . ومهما أعتق الجارية ، كان حكم المهر ما ذكرناه ، لكن المعتقة تقوم مقام المشتري .

فرعان

أحدهما : لو زوَّج أمتَه مِنْ عبده ، فلا يستحق [السيدُ] [٤] المهرَ ؛ إذ لا يستحقُّ السيدُ على عبده دَيْنًا ، والرقُّ المقارِنُ للعقد دفع المهر بعد جريان مُوجبه ، ولم يكن هذا تَعْرِيةً للعقد عن المهر ، بل جرى الموجِبُ ، واقترن به الدافعُ فاندفع ، والاندفاعُ في معنى الانقطاع ، لا في معنى الامتناع .

الثاني : إذا قال لأَمَته : أعتقتُكِ على أن تنكحيني ، فلا ينفذ العتقُ إلا بقبولها ؛ [٥] لأنه علّق بعوضٍ مقصود [٥] . ثم إذا / قَبلتْ : عَتَقتْ ، وفسد العوضُ ، ولم يلزمها الوفاءُ بالنكاح، ١٧٢/ب والرجوعُ عليها بقيمتها للسيد ، كما لو أعتقها على خمر . ثم لو نكحها بعد ذلك بالقيمة التي عليها – وهي مجهولةٌ – ففي صِحة الصداق وجهان :

أحدهما : – وهو اختيارُ المزنيّ – أنه لا يصح [٦] .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » .

(٣) في (أ) : « فيستفيد النكاح بالبيع سقوط حق البيع » . وفي (ب) : « حق الحبس » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) : « لأنه تعلق بغرض مقصود » .

(٦) والأصح فساد الصداق ، ومن ثَمَّ : فلها مهر المثل ، وعليها القيمة . انظر الروضة (٢٢٢/٧) . الغاية (٧٤٨/٢) .

والثاني : أنه يصحّ ؛ إذ الاستيفاءُ غيرُ مقصود ، بخلاف ما لو أتلفت الحرّةُ (١ على إنسان شيئًا ١) ، ولزمتها قيمةٌ مجهولة ، فنكحها بتلك القيمة ، فالصحيحُ فسادُ الصداق ها هنا . ويتجه طَرْدُ القولين (٢) ؛ لِعُسْرِ الفرق .

ولو قالت السيدةُ لعبدها : أعتقتُكَ على أنْ تنكحني ، فالصحيحُ : أنه ينفذ مِن غيرِ قَبُول ، وكأنها قالت : أعتقتُك على أن أُعطيك بعده شيئًا . ومنهم من قال : يفتقر إلى القبول ؛ لأنه مقصودٌ في العادة . وهو ضعيفٌ ؛ إذ لا خلافَ أنه لو قال : « طلقتُكِ على أن لا تحتجبي مِنّي » (٣) وقع الطلاقُ من غير قبول .

ثم قال صاحبُ « التقريب » : « مَنْ أعتق أمةً لِينكحها ، ولم يَأْمَنْ مُخالفتَها ، فسبيلُه أن يقول : « إنْ يَسَّر الله بيننا نكاحًا صحيحًا ، فأنتِ حرةٌ قبلَه » (٤ ثم يَنْكحها ، فَيَبِينُ ٤) وقوعُ العتقِ قبله ، ويصحُّ النكاحُ (٥ .ومنهم مَنْ خالفَ ٥) في هذا ، وبنى على ما لو باع مالَ أبيه على ظَنٍّ أنه حيٌّ ، فإذا هو ميت . وهذا البناءُ ضعيفٌ ؛ لأنه (٦) لا يَدْري أن (٧) موتَ الأبِ مع تقرير العقد ، وها هنا نَتيقن (٨) مصادفةَ صحةِ النكاح للعتق (٩) ، ويمكن أن يقال : جعل العتقَ معلولَ الصحة (١٠) ، إذ

---

(١) في (ب) : « شيئًا على إنسان » .

(٢) في (أ) : « الوجهين » .

(٣) في (ب) : « على أن تحتجبي منّي » .

(٤) في (أ) : « ثم ينكحها فنتبين » ، وفي (ب) : « ثم نكحها تبين » .

(٥) في (ب) : « ومنهم من خالفه » .

(٦) في (ب) : « فإنه » .

(٧) سقطت كلمة « أنّ » من (ب) .

(٨) في (ب) : « تيقن » .

(٩) في (ب) : « ... مصادفة صحةِ النكاحِ العتقَ » .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله : (جعل العتق معلول الصحة .... إلى آخره) اعلم أنه : لا يعني بالعلة هنا العلةَ الحقيقيةَ ، وإنما يعني بالعلةِ العلةَ الوضعيةَ ، فكلُّ شرطٍ لَزِمَ المشروطَ ولا يتخلف عنه : فهو علةٌ بالوضع ، والمشروطُ معلولٌ له ، فإذا قال : « إن خرجت فأنت طالق » فالخروجُ علةٌ ، والطلاقُ معلولٌ على هذا التفسير ، وقد أدى إلى هذا فيما نذكره من دور الطلاق ، فإذا قال : إن وُجِدَ نكاح صحيح فأنت حرة ، فقد علَّقَ العتقَ على صحة النكاح ، فيكون قد جعل العتقَ معلولَ الصحة لما بيناه ، مع أن الصحة في نفسها معلولةٌ للعتق ، لأن العتق شرطُ الصحةِ من جهة الشرع ، فعلى هذا تكون الصحة والعتقُ ، كلٌّ واحدٍ منهما علةٌ للآخر ؛ لأن كل واحد منهما شرطٌ لصاحبه ، =

علق [١] بها والصحة معلول العتق [٢] ، فتكون الصحة علة نفسها بواسطة العتق فإنها علة العتق الذي هو علتها ، ولا يكون الشيء علةَ نفسه ، ولا معلولَ معلولهِ ، وليس هذا كَدَوْرِ الطلاق [٣] ؛ فإن المعلق يكون معلول المنجز ، والمنجزُ لا يكون معلولَ المعلّق أصلًا [٤] ؛ لأن

= ويلزم أيضًا أن يكون كل واحد منهما معلولًا للآخر ، فالصحةُ معلولةٌ للعتق ؛ لأن العتق علة له ، والعتقُ معلولُ الصحة ، لأن الصحةَ علةٌ له . فإذا ظهر هذا ، فتكون الصحة علةَ نفسِها بواسطة ؛ لأن علة علة الشيء كذلك الشيء ، ولا تؤثر في وجود ذلك الشيء ، ولكن بواسطة اتحادها لما يوجد ذلك الشيء أيضًا كما بينا . فإذا ثبت هذا ، فلا يجوز أن يكون الشيءُ علةَ نفسِه ؛ لأنه يلزم أنه تكون نفسُه متأخرةً عنه بحكم كونها معلولة ، وأن تكون نفسُه متقدمةً عليه أيضًا بحكم كونها علةً متقدمة في الرتبة على معلولها ، وذلك محالٌ ، وكذلك لا يجوز أن يكون الشيء معلولَ [نفسِه] فإنه تكون نفسُه متأخرةً عن نفسه ، ومتقدمةً أيضا عليه . فإذ عرفتَ هذا ، فلا يخفى أنه قد كان الأجودُ أن يقول : (فتكون الصحة علة نفسها ، ومعلول نفسها بواسطة العتق ؛ فإنها علة العتق الذي هو علتها ، ومعلول العتق الذي هو معلولها ، فلا يكون الشيء علة نفسه ولا معلول نفسه) والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٧/ب وما بعدها) .

(١) في (ب) : « علقه » .

(٢) من قوله : « إذ علق بها ، والصحة معلول العتق » ساقط من (أ) .

(٣) الدور : « هو توقف كل واحد من الشيئين على الآخر » أو « هو توقف الشيء على ما يتوقف هو عليه » ويُسَمى « الدور المصرّح » كما يتوقف شيءٌ على آخر كمثل تَوَقُّفِ أ ، على ب ، وبالعكس .

وقال في الروضة : « المسائل التي يقع فيها الدور نوعان :

الأول : ينشأ الدور فيه من محضِ حكمِ الشرع ، وذلك فيما إذا اشترت زوجَها قبل الدخول بالصداق الذي ضمِنَه السيدُ ، فإنه لو صح البيعُ ثبت الملكُ ، وإذا ثبت الملكُ انفسخَ النكاحُ ، وإذا انفسخ النكاح سقط المهرُ المجعولُ ثَمَنًا ، وإذا سقط فسد البيعُ ، فهذه الأحكام المرتبة ولّدت الدور .

والثاني : ينشأ الدور فيه من لفظة يذكرها الشخصُ ، كما في مسألة دور الطلاق » ا . هـ .

ومن أمثلة دور الطلاق ما يُعْرف بالمسألة السُّرَيْجِيَّة (نسبة لابن سريج وهو من كبار علماء الشافعية ، وقد تقدمت ترجمته في القسم الدراسي) وهي أن يقول الرجل لزوجته : « إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا » ثم يقول : « أنت طالق » فلا يقع طلاق كما أفتى به ابن سريج . انظر : التعريفات للجرجاني ص (١٠٥) . كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (٢/٢٥٨) . روضة الطالبين (٧/٢٣٣) .

(٤) في (ب) : « أيضًا » .

المنجز(١ لا يَسْتدعي وقوع طلاق قبله ١)، (٢ وصحةُ النكاح تستدعي وقوعَ عتقٍ قبله ٢)، وفي المسألة زيادةُ غَوْرٍ، لا يحتمل هذا الموضعُ كشْفَه.

***

---

(١) في (أ): «لا يستدعى وقوع عتق قبله». وفي (ب): «لا يستدعي وقوع الطلاق قبله».

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ).

الفصل الخامس

في تزويج العبيد

والنظرُ فيه في المهر والنفقة ، وهما لازمان مُتَعلّقان بأكساب العبد مهما نكح بالإذن . وإن كان في يده مال التجارة [(١)] تعلق بالأرباح . وهل يتعلَّق برأس المال ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه ليس من كسْبه ، فصار كرقبته وسائرِ أموال السيد .

والثاني : أنه يتعلّق ؛ لأن الأطماع تمتدُّ إلى ما في يده [(٢)] .

والقولُ الجديد : أن السيد لا يصير ضامنًا للمهر بمجرد الإذن في العقد [(٣)] ؛ إذ [(٤)] الإذنُ لا يقتضي إلا تمكينَه من أداء لوازم النكاح ، فيجب عليه تركُ الاستخدام وتمكينُ العبد حتى يكسب [(٥)] مقدارَ المهر أولا ، ثم يكسب للنفقة [(٦)] . والقولُ القديم في العبد الذي ليس بكَسُوب أَوْجَهُ ، وهو مُستمدٌّ من قولنا : إن عهدة عقود المأذون [(٧)] ترجع إلى السيد ، وإن لم يُصرح بالضمان . نعم ، اختلفوا – على الجديد – في أنه هل يمتنع على السيد المسافرةُ به واستخدامُه ؟ فقال المراوزة [(٨)] : له ذلك ، ثم عليه لوازمُ ....

---

(١) في (ب) : « مال تجارة » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٢٢٥/٧) ، والمنهاج ص (١٠١) .

(٣) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٤٢/٥) .

(٤) في (ب) : « لأن » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « يكتسب » .

(٦) في (أ) : « يكتسب للنفقة » . وفي (ب) : « يكتسب النفقة » .

(٧) أي : العبد الذي أذن له سيدُه . وكان الصواب أن يقول : المأذون له .

(٨) المراوزة : نسبة إلى « مَرْو » وهم الشافعية الذين قَطَنوا « مَرْوَ » . والعراقيون : نسبة إلى العراق ، قال الإمام تاج الدين السبكي : « اعلم أن أصحابنا فِرَقٌ تفرقوا بتفرق البلاد . فمنهم أصحابُنا بالعراق كبغداد وما والاها .

ومنهم الخراسانيون : والخراسانيون أعمُّ من النيسابوريين ؛ إذ كلُّ نيسابوريٍّ خراسانيٌّ ، ولا ينعكس ، ومن جملة خراسان « مرو » وهي المدينة الكبرى والدار العظمى ، ومَرْبَعُ العلماء .... =

.... النكاح [١] . وقال العراقيون [٢] : لا ، بل تعلقت اللوازمُ بكسْبه ، فليس له استيفاؤه .

ثم مهما اسْتَخْدَمَ يوما واحدًا - مثلا - مُحِقًّا أو مُبْطِلا ، ففيما يلزمه قولان :

أحدهما : أقلُّ الأمرين ، من أجرة المثل [٣] أو لوازم النكاح [٤] .

والثاني : أنه يلزمه جميعُ لوازم النكاح ؛ لأنه ربما كان يكتسب - بالاتفاق - في هذا اليوم ما يَفِي بالجميع .

ثم على هذا القول ترددوا في أنه ، هل يجب كمالُ النفقة إلى آخر العمر ؟ أم يقتصر على المهر ونفقةِ مدة الاستخدام ؛ لأن العمر مجهولُ الآخر ؟ .

ولا خلافَ في أنه لو استخدمه أجنبيٌّ [٥] لم يلزمْه إلا أجرةُ المثل ؛ لأنه ليس عاقِدًا حتى يُخاطب بلوازم العقد ، والسيدُ كالعاقد .

فرع : إذا نكح العبدُ حرةً فاشترتْه : انفسخ النكاحُ ، وكذلك إذا [٦] اتهبت ، ولكن يُضاف الفسخُ إلى قبولها ؟ أو إلى إيجاب السيد ، حتى يظهر أثرُه في التشطير قبل المسيس إن أُضيف إلى

= .... وخراسانُ عمدتُها مدائنُ أربعة ، وهي مدينة « مرو » و « نيسابور » و « بَلْخ » و « هَرَاة » . و « مرو » واسطةُ العِقد ، وخلاصةُ النَّقْد ، وكفاك قولُ أصحابِنا تارةً : « قال الخراسانيون » وتارةً : « قال المراوزة » وهما عبارتان عندهم عن مُعَبَّر واحد ، والخراسانيون نصفُ المذهب ، فكأن « مرو » في الحقيقة نصفُ المذهبِ ، وإنما عبّروا بالمراوزة عن الخراسانيين جميعا ؛ لأن أكثرهم من « مرو » وما والاها » . انظر طبقات الشافعية الكبرى للإمام تاج الدين السبكي (١/٣٢٤-٣٢٧) . ومقدمة المجموع (١/١١٢) .

(١) انظر الروضة (٧/٢٢٦) ، والمنهاج ص (١٠١) .

(٢) انظر التعليق قبل السابق .

(٣) في (ب) : « من أجراء المثل » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧/٢٢٥) والمنهاج ص (١٠١) ، وهناك وجه ثالث ذكره الغزالي في الوجيز (٢/٢٣) قال : « وفي وجه ثالثٍ - وهو الأصح - لا يلزمه إلا أجرة المثل كما في الأجنبي » .

(٥) في (ب) : « الأجنبي » .

(٦) في (أ) : « لو » .

السيد ، وإسقاطِ الجميع إنْ أُضيف إليها ؟ فيه قولان ، مأخذهما طلبُ الترجيح بين الإيجاب والقبول في السببية ، مع أن السببَ واحدٌ ، وهو مركَّبٌ فيهما (١) جميعا .

ويمكن أن يقال : (٢ أصلُ الفسخِ ٢) إسقاطُ جميع المهر إلّا إذا كان السببُ من جانب مَن يُستحقّ عليه المهرُ خاصة ، وهذا ليس من جانبه خاصة ؛ فسقط (٣) الجميعُ ، وهذا هو الأَوْجَهُ (٤) .

فعلى هذا لو اشترتْه بالصداق الذي ملكتْه على السيد بصريح ضمانه ، فإن كان قبل المسيس ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : لا يصح الشراء ؛ إذ لو صَحَّ لَسَقَط المهرُ ، ولَعَرِيَ (٥) الشراءُ عن العوض ، فَيُؤَدي إثباتُه إلى نَفْيه (٦) ، فيبطل من أصله ؛ إذ يعود المهر إلى السيد بحكم الفسخ لا بحكم البيع ، وهذا من قبيل الدور الحكمي .

وإن فَرَّعْنا على قول التشطير بطل الدَّوْرُ في النصف ، ويخرج في الباقي على [قَوْلَيْ] (٧) تفريقِ الصفقة .

فإن رأينا تفريقَ الصفقة - أو اشترتْه بعد المسيس حيث يتقرر المسمَّى كلُّه - فَيَنْبَنِي على أنّ من استحقَّ دَيْنًا على عبدٍ ، ثم اشتراه ، هل يسقط دَيْنُه بالمِلْك الطارىء كما يسقط بالمقارِن ؟ وفيه وجهان (٨) .

فإن قلنا : [إنه] (٩) يسقط ، فتؤدي براءتُه إلى براءةِ الكفيل ، وهو السّيّد ، فيؤدي إلى خُلُوِّ الشراءِ عن عوض (١٠) ، ويعود إلى الدور الحكمي .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « منهما » وهو أليق .

(٢) في (ب) : « الأصل في الفسخ » .

(٣) في (ب) : « فيسقط » .

(٤) وانظر الروضة (٢٢٩/٧) .

(٥) قوله : « ولَعَرِيَ » أي : خَلا . وفى (ب) : « وتَعَرَّى » .

(٦) في (ب) : « إلى نفسه » وهو خطأ .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) وأصح هذين الوجهين أن الدين يَبْقى ولا يسقط . انظر الروضة (٢٢٩/٧) .

(٩) زيادة من (ب) .

(١٠) فى (ب) : « العوض » .

وإن قلنا : لا يسقط بَقِيَ / السيدُ ضامِنًا ؛ فيصح الشراء وينفسخُ النّكاح . ١٦/أ

ولنذكر ها هنا مسائل خمسا في الدور الحكمي :

إحداها : [1] أنه لو أعتقَ أمتَه في مرضه ، وتزوَّجها ، وكانت ثلثَ ماله ومات [2] ولم يزِدْ مالُه : لم يكنْ لها طَلَبُ المهرِ ؛ لأنّ ذلك يلحق دَيْنًا بالتركة ، ويُوجِبُ رَدَّ العتقِ والنكاحِ والمهرِ من أصله ، فطلبُ المهرِ يُؤَدِّي إلى إبطال أصل المهر .

الثانية : المريضُ إذا زوَّج أمتَه عبدًا ، ثم قبض صداقها وأتلفه ، ثم أعتقها : فلا خيارَ لها [3] ؛ إذ لو فسخت لارتدَّ المهرُ ، ولما خرجت من الثلث ، فيبطل العتقُ [4] ويبطل الخيار .

الثالثة : لو مات ، وخَلفَ أخًا وعبديْن ، فأعتقهما الأخ ، ثم شهدا على [5] أن للميت ابنًا من زوجتِه فلانة [6] : ثبتتِ الزوجيةُ والنَّسبُ ، ولا يثبت الميراثُ للولد [7] [بقولهما] [8] ؛ إذ لو ثبت لحجب الأخَ ، وبطل إعتاقُه وشهادتُهما .

وإن شهدا بأنَّ له بنتًا : لم يَثْبُتِ الإرثُ لها ؛ لأن في توريثها رَدَّ عِتْقِ الأخ في البعض ، وإرقاقَ بعضِ العبديْن ، وذلك يُبْطِل الشهادةَ . هذا إذا كان مُعْسِرًا ، فإنْ كان موسرًا يثبت الإرثُ [9] ؛ إذ ليس من ضرورة الإرث إرقاقُ العبدِ ، بل ينفذ في نصيب الأخ ويَسْري إلى الباقي .

الرابعة : لو أوصى له بابنه ، فمات ، وخلَّف أخًا : فله القَبولُ ، فإذا قِبلَ عَتَقَ الابنُ ، ولم يَرِثْ ؛ لأنه لو ورث لحجب الأخَ ، [10] وأبطل قبولَه [10] ؛ فإنه قَبِلَ لكونه وارثًا .

---

(١) في الأصل : « أحدها » .

(٢) قوله : « ومات » ساقط من (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « المسألة الثانية ، لم يَستوفِ شَرْطَها ، وهو أن يكون ذلك قبل الدخول » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٨/أ) .

(٤) قوله : (ويبطل العتق) أي يبطل في بعضها . قاله ابن الصلاح في مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٨/أ) .

(٥) كلمة : « على » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « فلانًا » وهو خطأ واضح .

(٧) في (أ) : « للابن » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « ثبت الإرث » .

(١٠) في (ب) : « ولَبَطل قَبُولُه » .

الخامسة : لو اشترى المريضُ ابنَه أو أباه ، (١ عَتَقَ من ثلثه ١) ، ثم لا يرث ؛ لأنه لو ورث لصار التسببُ (٢) إلى عتقه بالشراء وصيةً له ، فيبطل العتقُ ولا يرث . وها هنا دقيقةٌ في طريق قطْع الدَّور ، فإنه تارة يُقْطع من أوله ، كما ذكرناه في إبطال شراءِ الزوجةِ زوْجَها ، وتارةً من وسطه كما ذكرنا (٣) في إثبات النَّسب ، ونَفْيِ الميراث ، وإنما ذكرنا (٤) ذلك لأجل تأكُّد بعض الأسباب وبُعْدِها عن قبول الدفع كالنّسب ، وضَعْف بعضها وقبولها للدفع كالبيع ، وسِرُّ ذلك قد حققناه في كتاب « غَاية الغَوْر في دِراية الدَّوْرِ » فَلْيُطْلَبْ منه (٥) .

* * *

(١) في (أ) : « عتق عليه من الثلث » .

(٢) في (أ) : « السبب » .

(٣) في (ب) : « كما ذكرناه » .

(٤) قوله : « ذكرنا » ساقط من (ب) .

(٥) وهو كتاب ألّفه في المسألة المشهورة بالسُّرَيْجِيّة ، نسبة لابن سُرَيج (رحمه الله) وهو من أكابر الشافعية ، قيل فيه : « إنه كان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني » وخلاصةُ هذه المسألة أن يقول الرجل لزوجته : « إن طلقتك فأنت طالقٌ قبله ثلاثا » ثم يقول : أنت طالق ، فلا يقع شيء ؛ بناءً على فتوى ابن سريج ، وقد كثرت مناقشات الشافعية في هذه المسألة ، وقد كان الغزالي (رحمه الله) يُفْتي بعدم وقوع هذا الطلاق ، ثم رجع عن ذلك وأفتى بوقوعه . انظر « مؤلفات الغزالي » للدكتور /عبد الرحمن بدوي ص (٥٠ -٥٢) .

الفصل السادس

في التنازع في النكاح

والدعوى إما أن تكون (١ منه أو منها ١) . فأمَّا دعواه فصحيحةٌ ؛ لأنه مستحِقُّ الحق (٢) وعليها تتوجَّه الدّعوى ؛ بناءً على الصحيح في قبول إقرارها .

أمَّا المرأة إذا ادَّعت : فإن ادَّعتْ المهرَ صحت الدعوى (٣) ، وإن ادَّعت الزوجيةَ ولم تتعرض للوازم الدعوى (٤) : فالظاهرُ قَبُولُ دَعْواها ؛ فإنّ الزوجية – وإن كان حقًّا عليها – ولكنها مناطُ حقوقٍ لها . وفيه وجه : أنه لا يُقْبل ؛ لفساد صيغة الدعوى ؛ إذ تدعي أنها رقيقة لغيرِها . وهو ضعيف (٥) ؛ بدليل (٦ أنه تفيد ٦) دعواها إذا سكت الزوج (٧) ؛ (٨ إذ لو أَقَرَّ بعد ذلك ، أو ادعى الزوجية ، قُبِل ؛ لأنه ما ثبت التحريم ٨) . فلو أنكر ، وجعلنا إنكاره طلاقا – على أحد المذهبين –

---

(١) في (أ) : « منها أو منه » .

(٢) في (أ) : « يستحق الحقَّ » . وفى (ب) : « مستحق للحق » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن ادّعت المهر) يعني مضافًا إلى جهة النكاح ، صحت الدعوى ، وأقامت البينة على النكاح » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٩/ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « النكاح » .

(٥) قوله : « وهو ضعيف » ساقط من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « أنه يقبل » وهو الثابت في مشكل الوسيط ، انظر التعليق الآتي .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفيه وجه : أنه لا يقبل دعواها الزوجية ؛ لفساد صيغة الدعوى ؛ إذ تدعي أنها رقيقةٌ لغيرها ، بدليل أنه يُقبل دعواها إذا سكت الزوجُ) هكذا وقع فيما عندنا من النسخ ، وهو فاسدٌ لا يخفى فسادُه على مَنْ تأمله . وإصلاحُه بأن يحذف قوله : (بدليل) ويقول : (ثم إنه يقبل دعواها إذا سكت الزوج) وهو بيانٌ لصورة المسألة ، وأنه على الوجه الأول يقبل دعواها إذا سكت الزوج . أما إذا أنكر ، فهو على الخلاف المذكور . ولم يقع هذا الخللُ في « البسيط » بل ذكره على الصواب كما ذكرتُه . وهذا الكلامُ لا جريان له فيما إذا ادعت المهرَ ، فإنه لا يسقط دعواها بإنكار الزوج وإن جعلناه طلاقا ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ٩٩/ب) .

(٨) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

سقط دعواها [١] . وإن لم نجعله طلاقًا [٢] ، كان إنكاره كسكوته .

فروع خمسة

الأول : إذا [٣] ادَّعى زيدٌ زوجيةَ امرأةٍ ، وادَّعت المرأةُ أنها زوجةُ عَمْرو ، وأقام كلُّ واحد بيّنةً . قال ابن الحداد : بيّنةُ زيدٍ أَوْلى ؛ لأنّها استندتْ إلى صيغة صحيحة في الدّعوى بخلاف دعوى المرأة . فاستحسن [٤] منه بعضُ الأصحاب ، وخالفه بعضُهم وقال : كيف تُسَلّم لزيد ، وقد كذبتْه [٥] البينةُ الأخرى المقابلة لها [٦] ؟! . والمسألة المفروضة [٧] فيما إذا كان عمرو ساكتًا [٨] ؛ فإنه لو أنكر ، ربما جُعِل [إنكاره] [٩] طلاقًا .

الثاني : إذا زَوَّج إحدى ابنتيه ومات ، ووقع النزاعُ في عَيْنِ الزوجة ، فللمسألة حالتان :

(إحداهما) : أن يُعَيِّنَ الزوجُ إحداهما ، وكلُّ واحدةٍ تَدَّعي أن المزوَّجة صاحبتُها ، فالتي عيَّنها الزوج ، تُوَجَّه [١٠] الدعوى عليها ، فتجري [١١] على منهاج الخصومات ، والثانيةُ لا خصومةَ معها .

(الثانية) : أن تزعم كلُّ واحدة [منهما] [١٢] أنها المزوجة [١٣] . فالتي عَيَّنَها الزوجُ : منكوحةٌ باتفاق الزوجين ، وبَقيت الأخرى تدعي الزوجية [١٤] ، وقد سبق حكم دعواها .

وقال بعضُ الأصحاب : ليس من شرط المسألة تقديرُ موتِ الأب ، كما فرضه ابنُ الحدّاد ، فإن

---

(١) في (ب) : « سقطت دعواها » .

(٢) في (أ) : « ناكلًا » .

(٣) قوله : « إذا » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « فاستحسنه » .

(٥) في (أ) : « كذبتها » وأَنَّثَ الضميرَ ؛ لأنه يَرْجع إلى « الدعوى » وهي مؤنثة مجازًا .

(٦) في (أ) : « المخالفة لها » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « مفروضة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (والمسألةُ مفروضةٌ فيما إذا كان عمرو ساكتا) هذا إذا قُبِلَتْ دعواها الزوجيةَ ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٠/أ) .

(٩) زيادة من (ب) .

(١٠) في (ب) : « توجهت » .

(١١) في (أ) : « فتخرج » .

(١٢) زيادة من (أ) .

(١٣) في (أ) : « الزوجة » .

(١٤) في (أ) ، (ب) : « زوجية » .

الأب [و] [١] إن كان حيًّا ، فإقرارُ المرأة يُقْبل على الصحيح . وهذا مُتَّجهٌ إذا كانتا [٢] ثَيِّبين ، إذ لا يُقْبل إقرارُ الأب ، فهو كالميت .

وأمّا [٣] إذا كانتا بِكْرَيْنِ ، فإقرارُ الأب مقبولٌ عليها ، [٤]ويَجُرُّ قبولُ إقرارِها مع قبول إقراره عُسْرًا [٤] ؛ لأنه ربما يختلف ، فكيف يُحكم بها !! فيمكن أن يقال : يُرْعى [٥] السابقُ من الإقرارين ، أو يسقط إقرارُها ، إلا إذا لم يُكَذِّبْها الوليّ ، وهو الأَوْجَهُ .

الثالث : إذا ادَّعت زَوْجيَّةً ومهرًا ، وشهد الشّهودُ ، وقضى بالمهرِ ، فرجعَ الشهودُ [٦] ، ففي تغريمِهِم قولان مَبْنيان [٧] على شهود المال إذا رجعوا ، أنهم هل يغرمون بالحيلولة ؟ وها هنا أَوْلى بأن لا يغرم [٨] ؛ لأن الشهود أثبتوا البُضْعَ له في مقابلةِ المهرِ ، وهو الذي فوَّت [٩] بإنكاره .

التفريع : إن قلنا : يَغرمون ، فإنما يغرمون ما أُخِذَ من الزوج . وإن قلنا : لا [يغرمون] [١٠] فإنما لا يغرمون ما هو قدرُ مهرِ المثل ، فإن زاد المأخوذُ [على قَدْر مهر المثل] [١١] غرموا الزائد [١٢] ؛ لأنهم / لم يثبتوا في مقابلته حقًّا . ١٧٣/ب

المسألة بحالها : ولو [١٣] شَهِدَ الشهودُ على النّكاح ، وآخرون على الإصابة ، وآخرون على

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « إذا كانا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أما » .

(٤) بياض في الأصل بمقدار كلمة « يَجُرّ » ، وفي (ب) : كلمة « يجر » واضحةٌ وهو ما أثبتُه ، وفي (أ) : « وفي قبول إقرارها مع قبول إقراره عُسْرٌ » .

(٥) في (أ) : « يراعى » .

(٦) في (أ) : « ورجع الشهود » .

(٧) في (أ) : « ينبنيان » .

(٨) في (أ) : « لا يغرموا » .

(٩) في (ب) : « فوته » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) زيادة من (ب) .

(١٢) كلمة « الزائد » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(١٣) في (ب) : « لو » .

الطلاق . قال ابن الحداد : « الغرم على شهود الطلاق ؛ لأنهم المفوِّتون ، وأمّا شهودُ النّكاح ، فإنهم [1] أثبتوا حقًّا ، والآخرون أثبتوا استمتاعًا » . واتفق الأصحابُ على تغليطه ؛ لأن شهود الطلاق وافقوه ؛ إذ [2] نَفَوْا زوجيةً هو منكرٌ لها ، بل الغرمُ مُوَزَّع [3] على شهودِ النكاح [وشهودِ] [4] الإصابة إن شهد شهودُ الإصابةِ على الإصابة [5] في نكاح . وإن شهدوا على إصابة مطلقة ، فذلك لا يؤثر ؛ لأنه يظهر كونه في نكاح حتى يتعلق بها الحكم .

الرابع : إذا ادّعت المرأةُ مَحْرَميَّةً ، أو رَضاعًا بعد العقد ، وكانت مجبرة : تُسْمع دعواها . وقال ابنُ الحداد : القولُ قولُها ؛ لأن هذا من الأمور الخفيّة ، فربما انفردتْ به . وقال ابن سُريج : « القولُ قولهُ » . وهو الأصحُّ [6] ؛ لأن النكاح معلوم ، والأصلُ عدمُ المحرمية ، وفَتْحُ هذا البابِ للنساء طريقٌ عظيمٌ في الخلاصِ للفاسقات من رِبْقَةِ النكاح .

أما إذا كانت تَزَوَّجت برضاها ، فظاهرُ المذهب : أنه لا يقبل دعواها ؛ لأنه يُنَاقض رضاها ، إلا إذا أظهرتْ عذرًا من نسيان أو غلط ، فيحتمل أن يُقْبل دعواها ، ويُحَلَّف الزوجُ كما إذا ادّعى الراهنُ بيعًا قبل الرهن ، وزعم أنه اعتمد على كتاب وكيله أنه لم يَبِعْ ، ثم بان أنه مُزَوَّر [فإنه] [7] تُقْبل دعواه في وجه .

الخامس : إذا زَوَّج أَمَتَه ، ثم قال : « زَوَّجْتُها [8] وكنتُ مجنونًا » أو « مَحجورًا عليّ » وأنكر الزوجُ . فإن لم يُعْهَدْ له جُنونٌ بيقينٍ ، فالقولُ قولُ الزوج .

وإن ادَّعى الصِّبَى – أو أمرًا معهودًا – فوجهان :

أحدهما : [أن] [9] القول قولُه ؛ إذ الأصلُ بقاءُ تلك الحالة .

---

(١) كلمة « فإنهم » ساقطة من (ب) .

(٢) في (ب) : « إذا » وهو خطأ .

(٣) في (ب) : « يوزع » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (ب) : « إصابةِ » .

(٦) وخالفه في الروضة فرجَّح قولَ ابنِ الحداد . انظر الروضة (٧/٢٤٤) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (ب) : « زَوَّجْتُكَهَا » .

(٩) زيادة من (ب) .

والثاني : أن القول قولُ الزوج ؛ فإنه [1] اعترف بالعقد ، فيحمل على الصحة ، فعليه بيّنةُ الإبطالِ .

وقد نصَّ الشافعيُّ (رضى الله عنه) أنه لو أحرم الوليُّ - بعد التوكيلِ بالنكاح - ثم ادَّعى أن الوكيلَ زَوَّجَ - بعد الانعزال بالإحرام - : أن القولَ قولُ الزوجِ ؛ لأن العقد مُعْترفٌ به ، فَيُحْمَل على الصحة . ولكن هذا يُفارق مسألة الوجهين ؛ لأنه أَقَرَّ بسَبْقِ التوكيل على الإحرام [والله تعالى أعلمُ بالصواب] [2] .

***

(١) في (ب) : « لأنه » .

(٢) زيادة من (ب) .

كتابُ الصَّدَاق (١)



وفيه خمسة أبواب

(١) الصداق – بفتح الصاد وكسرها – : ما وَجَبَ للمرأة بنكاح، أو وطء. وهو مشتق من « الصَّدْق » بفتح الصاد : وهو الشديد الصُّلْب، فكأنه أشدُّ الأعواض لُزوما من جهة عدم سقوطه بالتراضي. وقيل : هو بكسر الصاد مشتق من « الصِّدْق » ؛ لإشعاره بصدق رغبة باذِلِه في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر. وله تسعة أسماء مجموعة في قول الناظم.

مهر، صَداق، نحلة، وفريضة طَوْلٌ، حِبَاء، عُقْر أجر علائق

انظر : مغني المحتاج (٣ / ٢٢٠). الروضة (٧ / ٢٤٩). تحفة الحبيب على شرح الخطيب (٣ / ٣٦٨).



الباب الأول

في حكم الصداق الصحيح في الضمان ، والتسليم ، والتقرير [1]

الحكم الأول : في الضمان . فنقول : كل عين مملوكة ، يصحُّ بيعُها ، أو منفعة متقومة تصحُّ الإجارةُ عليها ، فيصح تَسْميتُها في الصداق ، حتى تعليم القرآن ؛ فلا يتعينٌ للصداق مقدارٌ ولا جنس [2] .

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « أقلُّ الصداقِ نِصَابُ السرقةِ » [3] وقال : « لا يُصْدِقها مَنْفعةَ

---

(١) في الأصل : « في الضمان والتقريب والتسليم » . وقولُه : « التقريب » خطأ .

(٢) هذا تعريف للصداق عند الشافعية ، وليس من قبيل حكم الضمان المذكور . انظر : شرح مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٠/أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه ليس لأقل الصداقِ حدّ مقدرٌ ، بل كلُّ ما جاز أن يكون ثمنًا ، أو أُجرة : جاز جَعْلُه صداقا ، فإن انتهى في القِلة إلى حدّ لا يُتَمَوَّل ، فسدت التسمية ، وهو مذهب الحنابلة. وقال الشافعية : إنه يستحب أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم ؛ خروجًا من خلاف أبي حنيفة (رضي الله عنه) .

انظر : الأم (٥/٥٩) . التنبيه للشيرازي ص (١٠٧) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٢/٥٥) . فتح المعين بشرح قرة العين ص (٩٩) . دليل الطالب لنيل المطالب ص (٢٠٩) . الإفصاح لابن هبيرة (٢/١٣٥) .

مذهب الحنفية : أن أقلّ الصداق مُقَدّر ، وهو ما يُقْطع به السارق ، وهو مذهب الإمام مالك أيضًا مع اختلافهما فيما يقطع فيه السارق :

فعند أبي حنيفة : عشرة دراهم ، أو دينار .

وعند مالك : ثلاثة دراهم ، أو ربع دينار .

وعند المالكية : يفسد الصداق إن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوّم بهما . فإن دخل بها أتمَّه ، وإلا فسخ النكاح .

انظر : المبسوط (٥/٨١) . بدائع الصنائع (٢/٢٧٥) . الهداية (١/٢٢) . الاختيار (٣/١٠١) . الدر المختار (٢/ ٢٢) . القوانين الفقهية ص (٢٠٦) . مختصر خليل ص (١١١) . الشرح الكبير (٢/٣٠٢) .

وأقوى ما استدل به الحنفيةُ على قولهم ، حديثُ « لا مَهْرَ أقلّ من عشرة دراهم » وهو حديثٌ رواه الدارقطني في سننه (٣/٢٤٥) والبيهقيُّ في سننه الكبرى (٧/٢٤٠)وغيرهما ، وفي إسناده مبشر بن عبيد ، =

حُرٌّ ، لكن يُصْدقها منفعةَ العبد » [1] .

ويُستحب تَرْكُ المغالاة [2] في الصداق ؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام) : « خَيْرُ النّساءِ ، أَرْخَصُهنّ مُهُورًا ، وأَحْسَنُهنّ وجُوهًا » [3] .

= وهو متروك الحديث ، وبسببه ضعَّف الحديثَ الإمامُ البيهقيُّ والحافظ الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٩٦ ، ١٩٩) . ولهم أدلة أخرى على ذلك كما في بداية المجتهد (٢/ ٢٢) . ويترجح لديّ مذهب الشافعية والحنابلة في هذه المسألة ؛ إذ قد وردت أحاديث صحيحة تفيد أنه ليس لأقل الصداق حدٌّ مُقَدّر .

(١) في (أ) : « منفعة عبد » .

مذهب الشافعية : أنه يجوز أن يكون الصداق منفعة معلومة – والمنفعة : الخدمة – من الزوج لزوجته ، وذلك كبناء دار معلوم ، ورَعْي غنمٍ مدةً معلومة ، أو توصيل بضائع معينة إلى مكان معين وغير ذلك مما يكون في هذه الأيام ، وهو مذهب الحنابلة . ولكن عند الحنابلة : لا يصح أن يكون تعليمُ القرآن صداقًا .

انظر : روضة الطالبين (٧/ ٣٠٤) . الغاية القصوى (٢/ ٧٥١) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٢١١) . المقنع ص (٢١٨) . زاد المستقنع ص(٩٩) . منار السبيل في شرح الدليل (٢/ ١٨٧) . المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ١١٦) المغني لابن قدامة (٦/٦٨٢) .

مذهب الحنفية : أنه لا يجوز أن تكون خدمةُ الزوج الحرِّ صداقًا للمرأة ، وهو مذهب المالكية أيضًا ، والمشهورُ عندهم أن النكاح إذا تَمَّ على هذا ، لا يفسخ بعد البناء – ولا يُفْسَخ قبله أيضًا – وإن كان يُمنع ابتداءً .

انظر : الهداية (١/ ٢٢٤) . الاختيار (٣/ ١٠٤ ، ١٠٥) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/ ١٤٦) . حاشية ابن عابدين (٣/ ١٠٦) . النافع الكبير للشيخ عبد الحي اللكنوي ص (١٨٣ ، ١٨٤) . حاشية الدسوقي (٢/ ٣٠٩) . جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (٢/ ٣١٢) . بداية المجتهد (٢/ ٢٤) .

(٢) في (ب) : « المغالات » .

(٣) الحديثُ صحيح بغير هذا اللفظ : ومعناه مَرْوِيٌّ من طريق عقبة بن عامر ، وعائشة ، وابن عباس (رضي الله عنهم) :

حديث عقبة : رواه أبو داود (٣/ ٥٩٠)(٦) كتاب « النكاح » (٣٢) باب « فيمن تزوج ولم يُسَمِّ صداقا » برقم (٢١١٧) بإسناده عن عقبة بن عامر مرفوعًا « خَيْرُ النكاحِ أَيْسَره » .

حديث عائشة : وله ألفاظ ، الأول : رواه أحمد في مسنده (٦/ ٨٢) . بإسناده عنها مرفوعًا بلفظ : « إن أعظمَ

ثم مهما صَحَّ الإصداق [١] ، فالصداقُ في يدِ الزوج ، مضمون ضمانَ العقد ، أو ضمانَ اليد [٢] ؟ ففيه [٣] قولان مشهوران :

= النكاحِ بركةً أيسَرُه مئونةً » .

والثاني : رواه أحمد في مسنده (٦ / ١٤٥) . بإسناده عنها مرفوعًا بلفظ : « أعظمُ النساءِ بركةً أيْسَرُهُنَّ مئونةً » . ورواه أيضًا الحاكم في المستدرك (٢ / ١٧٨) وقال : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي كما في تلخيص المستدرك في الموضع السابق .

والثالث : رواه ابن حبان في صحيحه كما في الإحسان بترتيب ابن حبان (٦ / ١٥٨) بإسناده عنها مرفوعًا بلفظ « مِنْ يُمْنِ المرأةِ تسهيلُ أمرِها ، وقلةُ صداقها » .

حديث ابن عباس : ولَفْظُه « خيرهن أيسرهُنَّ صداقًا » قال الهيثمي : « رواه الطبراني بإسنادين ، في أحدهما جابر الجعفي وهو ضعيف ، وقد وثقه شعبة والثوري ، وفي الآخر : رجاء بن الحارث وضعَّفه ابنُ معين وغيره ، وبقيةُ رجاله ثقات » . مجمع الزوائد (٤ / ٢٨٤) ويشهد له ما سبق من الروايات الصحيحة .

(١) في (ب) : « الصداق » .

(٢) وذلك إذا أصدقها عينًا ، كدارٍ معينة أو حديقة أو غيرهما . وقال ابن الصلاح (رحمه الله) : « المضمون ضمان العقد : هو الذي يُضمن عند التلف ، بأنْ ينفسخ العقد ، ويرجع إلى بدله الآخر إن أمكن ، أو إلى بدله إن تعذر ، كما في المبيع إن تلف قبل القبض ، فإنه يرجع إلى ما ذُكر من الثمن أو بدله إن كان تالفًا ، لا إلى قيمة المبيع .

والمضمون ضمان اليد : هو الذي يُضمن بقيمته عند التلف ، وليس ثَمَّ انفساخٌ .

فعلى الأول - يعني على قول ضمان العقد - إذا تلف الصداق ينفسخ العقد فيه كما ينفسخ في المبيع إذا تلف . لكن ينفسخ ثَمَّ أيضًا في الثمن الذي هو العوض الآخر ، وهاهنا - يعني على قول ضمان اليد - لا ينفسخ في العوض الآخر الذي هو البضع ؛ لأنه لم يوجد بالتلف إلا فوات الصداق ، والعقد يصح في البضع ، وإن لم يُذْكر الصداقُ أصلًا كما في المفوّضة ، وهذا معنى قوله : (لكن الصداق ليس ركنا من النكاح) والله أعلم » . المشكل (جـ٢ ق ١٠٠ / أوما بعدها) وقال الخطيب الشربيني : « والفرقُ بين ضمان العقد واليد - في الصداق - أنه على الأول يُضمن بمهر المثل . وعلى الثاني : يضمن بالبدل الشرعي - وهو المِثْل إن كان مِثْليا ، والقيمة إن كان مُتقَومًا . وعلى الأول : ليس لها بَيْعُه قبل قبْضه . وعلى الثاني : يجوز . وعلى الأول : تصح الإقالةُ . وعلى الثاني : لا تصح » ا . هـ بتصرف . مغني المحتاج (٣ / ٢٢١) وانظر الفقه الإسلامي وأدلته د / وهبة الزحيلي (٧ / ٣٠١) .

(٣) في (أ) : « وفيه » . وفي (ب) : « فيه » .

أحدهما : أنه مضمونٌ ضمانَ العقد ؛ لأنه عِوَضٌ في مُعَاوضة كالبيع [(١)] . فعلى هذا ، لو تلف قبل القبض انفسخ الصداقُ ، وقدرْنا انتقالَ الملك إلى الزوج قبل التلف [(٢)] ، حتى لو كان الصداقُ عبدًا ، ومات ، كان مَئونة [(٣)] التجهيزِ على الزوج ، وترجعُ المرأة إلى مهر المثل ، وهو عوَضُ البُضْع ؛ إذ كان قياسُ الفسخ رجوعَ البضع إليها ، لكن الصداق ليس ركنًا في النّكاح ؛ فتعذَّر [(٤)] رَدُّ البضع وفسخُ النكاح به ، يُضَاهي [(٥)] ما لو تلف العوضُ في البيع - والمعوّضُ جاريةٌ - تعذَّر ردُّها باستيلاد مُتَمِلِّكها ، فإنه يرجع إلى قيمة الجارية .

والقول الثاني : أنه مضمونٌ ضمان اليد ، كما في المستام [(٦)] والمستعار ، حتى يُخَرَّج على وجهين في أنه يُضْمن بأقصى القيمة من يوم الإصداق إلى التلف ، أو يُضْمن بقيمة يوم الإصداق ؟ .

ومنشأُ القولين : التردُّدُ في أن الغالب على الصداق ، مشابهُ العِوَض ، أو مشابه النِّحْلة ؟ ويدلُّ على كونه نحلةً قولُه تعالى : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً .. ﴾ [(٧)] وأنه [(٨)] لا يفسَدُ النكاحُ بفساده ، ولا ينفسخ بردِّه اتفاقًا ، وكأنه [(٩)] تحفة عُجِّلت إليها ؛ لتهيئ بها أسبابها .

ويدل على كونه عوضًا أنه تُقَابَل به المرأةُ في العقد كما في البيع ، وأنّه يتقرَّر بتسليم المعوَّض ، ويرجع عند فساده إلى بدله، وهذا هو الأصح ، وكأنه عوض إذا ثبت ، ولكنْ إثباتُه ودوامه ليس ركنا / في النكاح . ١٧٤/أ

ويتفرع على القولين ، النظرُ في التصرف في الصداق قبل القبض [(١٠)] ، وحكمُ الزوائد ،

---

(١) وهذا القول هو الأظهر كما في الوجيز (٢ / ٢٥) . والروضة (٧ / ٢٥٠) وفي المنهاج مع المغني (٣ / ٢٢١) . والغاية (٢ / ٧٥٣) .

(٢) في (ب) : « قُبَيل » ، وفي (أ) سقط قولُه : « قبل التلف » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مُؤنة » .

(٤) في (ب) : « فيتعذّر » .

(٥) في (ب) : « فضَاهَى » .

(٦) بياض في (ب) بمقدار كلمة « المستام » .

(٧) من الآية (٤) من سورة (النساء) .

(٨) في (ب): « ولأنه » .

(٩) في (أ) : « فكأنه » .

(١٠) قوله : « قبل القبض » ساقط من (أ) .

وحكمُ التَّعَيُّبِ [(١)] والتلفِ . وبيانُه بخمس مسائل :

الأولى : بَيْعُ الصداقِ – قبل القبض – ممتنعٌ على قول ضمان العقد ، جائزٌ على قول ضمان اليد ، وكذلك الاستبدال عنه [إذا كان دَيْنًا] [(٢)] يجري مُجْرَى الاستبدال عن الثمن على قول ضمان العقد لا مُجْرى المُسْلَم فيه [(٣)] .

الثانية : منافعُ الصداق إذا فات [(٤)] : لم يضمنْه الزوجُ على القولينْ ، إلا إذا قلنا : إنه مضمونٌ ضمانَ المغصوب . نعم ، لو استخدم الزوجُ ، فاستوفى [(٥)] المنفعةَ ، ضمن على قول ضمان اليد ، وعلى قول ضمان العقد يُنزَّل منزلةَ البائع إذا انتفع ، وفي ضمانِهِ وجهان ينبنيان [(٦)] على أن جناية البائع كجناية الأجنبيّ [(٧)] ، أو كآفَةٍ سماويّة ؟ [(٨)] .

---

(١) في نسخة أخرى « التَّعْيِيب » كذا على هامش الأصل . والمقصود به حكم الصداق إذا لحقه عيبٌ يقلل من قيمته .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « بيع الصداق إذا كان عينا قبل القبض ، لا يصح على قول ضمان العقد كالمبيع ، ويصح على قول ضمان اليد كالمستام . فلو كان دَيْنًا في الذمة ، فاستبدلت عنه شيئًا آخر : صحَّ على قول ضمان اليد . وأما على قول ضمان العقد ، فهو كاستبدال البائع عن الثمن في النكاح ، وفيه قولان ، وليس كاستبدال عن المُسْلم فيه ، حتى لا يصح قولًا واحدًا ، لأن الصداق عوض كالثمن، لا كالمسلم فيه؛ فإنه معوض». المشكل(جـ٢ ق ١٠١/أ).

(٤) في (ب) : « إذا فاتت » .

(٥) في (ب) : « واستوفى » .

(٦) في (أ) : « مبنيان » .

(٧) في (ب) : « أجنبي » .

(٨) قال ابن الصلاح : « منافع الصداق إذا تلفت بمضي المدة من غير أن يستوفيها الزوج ، فلا شيء عليه على القولين ؛ لأن يده ليست يَدَ عدوانٍ ، إلا إذا قلنا : إن ضمانه – على قول ضمان اليد – كضمان المغصوب . أما إذا أتلفها الزوجُ فاستوفاها ، وَجَبت عليه أجرتُها على قول ضمان اليد ، كما لو انتفع بالمستام ؛ لأنه أتلف منفعة معصومٍ من غير إعارة . وعلى قول ضمان العقد : هو كالبائع إذا انتفع بالمبيع من غير إذْن المشتري ، وفيه وجهان :

أحدهما : عليه الأجرة ؛ بناءً على أن إتلافه كإتلاف الأجنبي . =

وأما الزوائد (١) - كالولد والثمار (٢) - فلا تدخل في ضمان الزوج على القولين إلا إذا ألحقناه بضمان المغصوب (٣) .

الثالثة : إذا تعيَّب الصداقُ قبل القبض ، فلها خيارُ فسخ الصداق على القولينْ ، إلا على وجهٍ حُكِيَ عن أبي حفص بن الوكيل (٤) : « أنه لا خيارَ لها على قول ضمان الغصب (٥) » . واتفاقُ الجمهور على إثبات الفسخ يُؤيِّد قولَ ضمان العقد ، لكن القائل الآخر يقول : هو - وإن كان مضمونًا ضمانَ اليد - فقد التزم تسليمَه في عقد .

ثمَّ إن فسخت - فعلى قول ضمان العقد - رجعت إلى مهر المثل ، وإن أجازت لم تُطَالِبْ بالأَرْشَ (٦) . وعلى الثاني : ترجع إلى قيمة الصداق ، وإن أجازت طالبت بالأرش .

= والثاني : أنها لا تجب ؛ بناءً على أن إتلافه كالتلف بآفة سماوية .

قلت : وفي هذا نظر ؛ لأنا في الإتلاف - إذا جعلناه كالتلف - يُجْبر النقصُ بإثبات الخيار للمشتري ، وفي المنفعة يتّعذر إثبات الخيار في فسخ العقد ؛ لأنا على هذا القول جعلنا تفويتَ البائع كالفوات بمضي المدة ، فكيف يثبت الخيارُ فيه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠١ / أ) .

قلت والمذهبُ : أن جناية البائع كآفة سماوية . انظر الروضة (٧ / ٢٥١) . نهاية المحتاج (٦ / ٣٣٨) .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أما » .

(٢) يعني بالزوائد ، ما زاد على أصل المهر ، كأن يكون أَصْدَقَها بقرًا فولدتْ ، أو زرعًا فأثمر ، وذلك إذا كان الصداق ما يزال في يده .

(٣) في (ب) : « بضمان الغصوب » . وضمان الغصب : هو ما يكون مضمونًا بالقيمة . انظر التعريفات للجرجاني ص (١٣٨) .

(٤) في (ب) : « عن أبي حفص الوكيل » . وهو خطأ . وقد سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٥) في نسخة أخرى : « ضمان اليد » كذا على هامش (ب) .

(٦) أصل « الأرش » هو الفساد . يقال : أَرَّشَ بين القوم تأريشًا ، إذا أفسد بينهم . ثم استعمل في نقصان الأعيان ؛ لأنه فسادٌ فيها . وفي الاصطلاح هو : اسم لما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس . وأما ما وجب من المال في الجناية على النفس ، فيسمى « الدية » . ويعني الإمام الغزالي بقوله : (لم تطالب بالأرش) أنه لا شيء لها غير المعيب ، كالمشتري يرضى بالعيب في المبيع . انظر : المصباح المنير (١ / ٢٢) مادة (أرش) . التعريفات للجرجاني ص (٧) . أنيس الفقهاء ص (٢٩٥) . مغني المحتاج (٣ / ٢٢٢) معجم لغة الفقهاء ص (٥٤).

أما إذا اطلعت على عيب قديم ، فلها الخيارُ ، ولكن على قول ضمان اليد ، هل تُطالِب بالأرش إن أجازت ؟ (١ فيه تردّدَ الأصحابُ ١) . وتَبعُدُ المطالبةُ بأَرْشٍ ما لم يدخلْ تحتَ يدهِ بحكم ضمان اليد ، ولكن (٢) له وجهٌ من حيث إنَّ الأصحابَ اتفقوا على طرد القولين فيما إذا أصدقها عبدًا [فخرج] (٣) مغصوبًا أو حرًّا ، وقالوا : على قول ضمان اليد ترجع إلى قيمة العبد ، وتقدَّر قيمةُ الحرِّ . وزادوا عليه فقالوا : لو أصدقها خمرًا أو خنزيرًا ، قَدرَّنا الخمرَ عصيرًا ، والخنزيرَ شاةً ، ورجعْنا إلى قيمتهما (٤) على هذا القول . ثم قال الصيدلاني هذا إذا قال : « أصدقتك هذا العبدَ » فإذا هو حُرٌّ ، أو « هذا العصيرَ » (٥) فإذا هو خمرٌ ، أو قال : « أصدقتُك هذا » ولم يُسَمِّ . فإن قال : « أصدقتُك هذا الحرَّ » (٦) أو « هذا الخمرَ والخنزيرَ » (٧) : فسدتِ التسميةُ قطْعًا ، وكان الرجوعُ إلى مهر المثل قولًا واحدًا . وهذا يُنبِّهُ على مأْخذ آخر سوى ضمان اليد ، وهو أن تعيينَ (٨) الصداق له فائدتان :

(إحداهما) : التعيينُ (٩) .

(والأخرى) : (١٠ التقدر بقدر ماليّته ١٠) .

وكأنّ التسمية إن فسدتْ في حقِّ التعيين ، فلا تَفْسد في حقِّ (١١ تقدير تعيين المالية ١١) ، فكأنهما رضِيَا بهذه العين وبهذا القدر ، والشرع قد منع من (١٢) عَيْنِ الحرِّ والغصبِ (١٣) والخمرِ ، فَبَقِيَ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيه ترددٌ للأصحاب » . وهو أليق . وفي الروضة (٧ / ٢٥٢) : لها الأَرْشُ على المذهب .

(٢) في (ب) : « لكن » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (ب) : « قيمتها » .

(٥) في (ب) : « وهذا العصير » .

(٦) في (ب) : « أصدقتك الحر » بدون كلمة « هذا » .

(٧) في (ب) : « هذا الخمر أو الخنزير » .

(٨) في (ب) : « تَعَيُّنُ » .

(٩) في (أ) : « التعيُّنُ » .

(١٠) في (ب) : « تقدير مقدار ماليته » .

(١١) في (ب) : « تقدير المالية » بدون كلمة « تعيين » .

(١٢) كلمة : « من » ساقطة من (ب) .

(١٣) في (أ) : « والمغصوب » .

المعينُّ معيارًا[1] للقدر فترجع إليه، فكذلك في العيب القديم يمكن أن يقال: معيارُ المقدار، ماظُنَّ حالةَ العقد وهو سليم، فيجبُ إكمالُه.

الرابعة: إذا تعيَّبَ الصداقُ بجنايتها، فذلك كقبضها. وإنْ تعيَّب بجناية أجنبيٍّ، فلها الخيارُ، لكنها [2] - على قول ضمان العقد - إن فسخت طالبتِ الزوجَ بمهر المثل، ولم تُطالب الأجنبيَّ بالأَرْش، وإن أجازتْ طالبت الأجنبيَّ بالأَرْش؛ إِذْ جَنَى على ملكها. وعلى قول ضمان اليد: إنْ فسختْ، طالبت الزوجَ بقيمة الصداق سالمًا، وإن أجازت تخيَّرتْ بين: مطالبةِ الزوج، والأجنبيِّ، والقرارِ على الأجنبي.

الخامسة: إذا تلف بعضُ الصداق: ارتبط النظر - على قول ضمان العقد - بتفريق الصفقة. وإن تلف كلُّه: لم يَخْفَ تفريعُ ضمانِ العقدِ، لكن على قول ضمان اليد لا فسخَ لها، بخلاف ما إذا تعيَّب، فإنها تستفيد بالفسخ [3] الخلاصَ من العيب [3]، والرجوع إلى القيمة. وأما هاهنا إن أجازتْ أو فسختْ، فرجوعُها إلى القيمة يوم الإصداق، فأيُّ معنًى لفسخٍ لا فائدة له [4]، وقد تَضَّرَّر به [4]؛ إذ تسقط مُطالبتُه [5] عن الأجنبيِّ.

وإذا قلنا [6]: [إنه] [7] يُضمن [8] ضمانَ المغصوب، وكان قيمتُه يوم التلفِ أكثرَ، فإن أجازت أخذت قيمتَه يوم التلف. وإن فسختْ رَجعتْ إلى قيمة [9] يوم الإصداق، فينقص حقُّها، وتَتضرر بالفسخ. وهذا بخلاف [10] ما لو وجد بالمبيع عَيْبًا، وهو مع [11] ذلك يُسَاوي أضعافَ الثمن، فإن له الردَّ؛ لأن له فائدةً في الخروج من العُهْدة [12].

---

(1) في (أ): «مقدارًا».

(2) في (أ)، (ب): «ولكنها».

(3) في (أ): «الخلاص من المعيب». وفي (ب): «الخلاص عن المعيب».

(4) في (أ)، (ب): «وقد تتضرر به».

(5) في (أ)، (ب): «مطالبتها».

(6) في (ب): «وإن قلنا».

(7) زيادة من (أ)، (ب).

(8) في (أ): «مضمون».

(9) في (أ)، (ب): «قيمته».

(10) في (ب): «يخالف».

(11) في (ب): «على».

(12) قال ابن الصلاح: «قوله في آخر المسألة الخامسة: (لأن له فائدة في الخروج من العهدة) أي: من عهدة الثمن =

الحكم الثاني

في التسليم [1]

ومهما تنازعا في البداية بالتسليم [2] ، ففيه ثلاثةُ أقوال ، كما في البيع :

أحداها : أنهما يُجْبرانِ معًا من غير تقديم أحدِهما . وطريقُه : أن يكلف الزوجُ تسليمَ الصداق إلى عَدْل ، وتكلّف المرأةُ التمكينَ ، فإذا وطئها أخذتِ الصداق [3] .

والثاني : أنهما لا يُجْبران ، بل مَنْ أراد استيفاءَ ما لَه ، بادرَ إلى تسليم ما عليه ؛ حتى يُجْبِرَ صاحبَه على التسليم .

والثالث : أن البداية بالزوج ؛ لأن استرداد الصداق ممكنٌ دون البضع ، وهذا / بشرط أنْ تكون مُهَيَّأَةً للاستمتاع . فإن كانت صغيرة ، ففي المهر قولان كما في النفقة . وإن كانت محبوسة أو ممنوعة بعذرٍ آخر ، لم يجبْ تسليمُ الصداقِ إليها . ١٧٤/ب

والقول الرابع : وهو [4] أن البداية بالمرأة ، وإن كانت في رتبة البائع ؛ [فإن ذلك] [5] لا يجري هاهنا أصلًا ؛ لأن البضع يفوت بالتسليم بخلاف المبيع .

[6] ثم إن البداية [6] لا تخلو [7] إما أن تكون منها أو منه [7] : فإن كان منها التمكينُ ، ثبت لها طَلَبُ الصداق على الأقوال كلها ، وُطِئَتْ أو لم تُوطَأْ ؛ إذ بَذَلَتْ ما في وُسْعها . فإن رجعت إلى

= بفسخ التخلص منه ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٣ / أ) .

(١) في (ب) : « الحكم الثاني : التسليم » . (٢) في (ب) : « في التسليم » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة (٧ / ٢٥٩) . المنهاج مع المغني (٣ / ٢٢٣) . الغاية القصوى (٢ / ٧٥٣) . نهاية المحتاج (٦ / ٣٣٨) .

(٤) في الأصل : « هو » بدون الواو . وهي ثابتة في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في الأصل : « ثم البداية » .

(٧) في (ب) : « إما أن كان منه أو منها » .

الامتناع ، لم يكن لها طلبُ الصداق ؛ لأن شرطَ استمرار الطلبِ – على قولنا [١] : الابتداء بالزوج [١] – استمرارُ التمكين . وإن وطئها استقرَّ الطلبُ [٢] . [٣] فإن لم يُسَلِّم لها الصداق [٣] ، لم يكن لها العَوْدُ إلى المنع [٤] ؛ إذ سقط حقُّ حبسها بالوطء . ولا يَسْقط حقُّ حبسها بتمكينٍ عارٍ عن الوطء .

وهل يسقط بوطء أُكْرِهَتْ عليه ؟ فيه وجهان . ووجْهُ سقوطِه أن العوض قد تقرَّرَ [٥] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لها الامتناعُ بعد الوطءِ مهما مَنَعَ الصداقَ [٦] .

(١) في الأصل : لم نبدأ بالزوج » .

(٢) في (أ) : « المهر » وكذا على هامش (ب) .

(٣) في (أ) : « فإن لم تُسَلَّم الصداق » . وفي (ب) : « وإن لم يُسَلِّم الصداقَ » .

(٤) في (أ) : « الامتناع » .

(٥) الأصح أن لها الامتناع بعده . انظر الروضة (٧ / ٢٦٠) .

وقال ابن الصلاح : « قال في سقوط حق الحبس بوطء الإكراه : (ووجهُ سقوطِه أن العوض قد تقرر) قلت : هكذا ذكره غيرُه من غيرِ بيانٍ لتأثير هذا ، ولعل تأثيرَه أن العوض إذا تقرَّرَ عليه ، وجَبَ تقريرُ المعَوَّض في يده ، وليس ذلك إلا بالمنع من الاسترداد ، والله أعلم ؛ ولأن تقرُّرَ العوضِ من آثار القبض الصحيح للمعوَّض ، فوجَبَ إدامةُ القبضِ كما لو طاوعتْ ، والله أعلم بالصواب » . مشكل الوسيط (جـ٢ ق ١٠٣ / أ) .

قال ناسخ مخطوط شرح مشكل الوسيط لابن الصلاح : « هذا آخر ما وُجد بخط المصنف (رحمه الله) والحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله » ا . هـ . وهو يعني بهذا آخرَ ما وُجِدَ بخطِ ابن الصلاح من تعليقات على كتاب « النكاح » ثم بدأ الناسخ في نقل ما علّقه ابنُ الصلاح على كتاب « الجنايات » انظر القسم الدراسي .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن المرأة إذا مكَّنتْ زوجَها من نفسها طوعًا قبل تسلُّمِها الصداقَ ، فليس لها بعد ذلك الامتناعُ منه ، وهو مذهبُ المالكيةِ والحنابلةِ . وتوقَّفَ الإمامُ أحمد في هذا .

انظر : الوجيز (٢ / ٢٦) . مغني المحتاج (٣ / ٢٢٣) . القوانين الفقهية ص (٢٠٨) . الشرح الكبير (٢ / ٢٩٧) . المسائل الفقهية من كتاب الروايتين للقاضي أبي يعلى (٢ / ١٢٦) . المغني لابن قدامة (٦ / ٧٣٨) . زاد المستقنع ص (١٠٠) .

مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) : أن لها الامتناع بعد الوطء مهما مَنَعَ الصداقَ ، وخالفَه صاحباه أبو يوسف ومحمدٌ . وحجةُ أبي حنيفة في ذلك أنها منعتْ ما قابلَ البدلَ ، كما لو سلم البائعُ بعضَ المبيعِ إلى المشتري ، فإنه لا يَسْقط حقُّه في منع ما بَقِيَ منه . انظر : مختصر الطحاوي ص(١٨٨) . الهداية(١ / ٢٣٠) . فتح القدير(٣ / ٣٧٢) . الدر المختار (٣ / ١٤٣) .

أما إذا بادر الزوجُ إلى تسليم الصداق فامتنعتْ ، فهل له الاسترداد ؟ إن قلنا : إنه يُجبر الزوج على البداية ، فيستردّ ؛ لأن ذلك بشرطِ تسليمِ المعوض . وإن قلنا : لا يجبر ، فقد تبرع وأبطل حقَّ الحبسِ ، فلا يستردّ [1] . وقال القاضي : « إن كانتْ معذورةً عند التسليم ، ثم زال العذرُ وامتنعتْ ، فله الاستردادُ ؛ لأنه سلَّم على رجاءِ [2] التمكينِ عند زوال العذر » . والأظهرُ أنه لا يستردُّ كيفما كان .

ثم مهما سلَّم الصداقَ ، فليس له أن يُرْهقها ، بل يُمْهِلها رَيْثَما تستعدُّ بالتنظُّفِ [3] والاستحداد . وقيل : إنه يُمْهِلُ [4] ثلاثةَ أيام .

ولا خلافَ في أنَّ الإمهالَ - لأجْلِ تهيئة الجهازِ - لا يجبُ . نعم ، لو كانت صغيرةً لا تُطيقُ الوِقاع ، لم يجبْ تسليمُها ، وكذا إن كانت مريضةً . فلو كانت حائضًا ، وَجَبَ التسْلِمُ ؛ إذْ يستمتع بها فوقَ الإزارِ ، ويكفي الدِّينُ وازعًا عن الوطء .

فإن قال : أنا أمتنع عن [5] وطْءِ الصّبِيَّة والمريضةِ : لم يُوثَقْ بقوله فيه ، وذلك إضرارٌ بهما [6] ولا ضررَ على الحائض . نعم لو عَلمت من عادته أنه يتغشَّاها [7] في الحيض ، فلها الامتناعُ من المضاجعة .

* * *

---

(١) الراجح في المذهب أنه لا يجبر الزوج أولًا ، ومن ثم فلا يسترد ؛ لأنه تبرع أولًا . انظر مغني المحتاج (٣/ ٢٢٣) .

(٢) في (أ) : « وجه » .

(٣) في (ب) : « بالتنظيف » .

(٤) في (أ) : « إنها تمهل » وهو أوضح ، والفاعل في قوله : « إنه يمهل » يعود على القاضي أو الزوج .

وقد تعقب في الروضة هذه المسألة فقال : « إذا استمهلت - بعد تسليم الصداق - أُمهلت لتتهيأ بالتنظيف وإزالة الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم أو يومين ، وغايةُ المهلة ثلاثةٌ ، وظاهرُ كلامِ الغزالي في « الوسيط » إثباتُ خلافٍ في أن المهملة بقدر ما تتهيأ ، أم تُقَدَّر بثلاثة أيام ؟ والمذهبُ خلافُه » ا . هـ . وهذا هو ما نصّ عليه الشافعي كما في مختصر المزني ص (١٨٣) وانظر الروضة (٧/ ٢٦٠ ، ٢٦١) . والمنهاج مع المغني (٣/ ٢٢٤) .

(٥) في (أ) : « من » .

(٦) في (ب) : « بها » .

(٧) في (أ) : « يغشاها » .

الحكم الثالث

التقرير

ولا يتقرَّرُ كمالُ المهرِ إلا بالوطء ، أو موتِ أحدِ الزوجين . فأما الخلوةُ ، فلا تُقَرِّر على الجديد من القولين [(١)] ، ومنهم مَنْ قطع بأن الخلوةَ لا تُقَرر [وجهًا واحدًا] [(٢)] وحمل نصَّ القديم على أن الخلوةَ تُؤثِّر في جَعْلِ القولِ قَوْلَها إذا تنازعا في الوطء ؛ لأجل التقرير .

ثم قال المُفَرِّعُون على القديم : يتعلَّق بالخلوة أيضًا العدةُ والرجعةُ . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا تثبت الرجعة [(٣)] . وقال أبو حنيفة : الخلوةُ بالنُّفَساء والحائضِ والصائمة صَوْمَ الفرضِ : لا تُقَرِّرُ المهر [(٤)] . ووافقه المحققون على القديم . ...

---

(١) انظر الجديد من قولي الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٨٣) .

ومذهب الشافعية : في تقرير الخلوة للمهر ، أنها لا تقرره كما حكاه الإمام الغزالي على الجديد . وهو مذهب المالكية أيضًا ، لكن قال مالك : لو بنى بها ، وطالت خلوته بها استقر المهر وإن لم يطأ . وحدَّ ابنُ القاسم هذه الخلوة بعامٍ . انظر : الوجيز (٢ / ٢٦) . الروضة (٧ / ٢٦٣) . مغني المحتاج (٣ / ٢٢٥) . بداية المجتهد (٢ / ٢٦) .

ومذهب الحنفية : أنه يستقر المهر بالخلوة التي لا مانع فيها من الجماع وإن لم يحصل وطء . وهو مذهب الحنابلة . انظر الهداية (١ / ٢٢٣) . منار السبيل (٢ / ١٩٧) . الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١٣٩) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٢١٣) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) يعني أنه إن طلقها بعد الخلوة بها – وأقرَّ بعدم الوطء وصدقته – فلا رجعة له عليها ؛ لأن الرجعة إنما تثبت عقيب الطلاق في ملك مُتأكِّد بالوطء ، وقد أقرّ بعدم الوطء ، مع أن هذه الخلوة تُثبت لها كمال المهر عند الحنفية . قال السرخسي « : وإذا كان الطلاق بعد الخلوة – وهو يقول : لم أَدخل بها – ، فلا رجعة له عليها . وقال الكمالُ بن الهُمام : واعلمْ أن أصحابنا أقاموا الخلوةَ الصحيحة مقامَ الوطء في حقِّ بعض الأُحكام كتأكد المهر وثبوت النسب ، والعدة ، والنفقة ، والسكنى في مدة العدة ، ومراعاة وقت طلاقها ، ولم يقيموها مقامه يعني مقامَ الوطء في الإحصان ، وحلِّها للأول ، والرجعة ، والميراث ، وحرمة البنات » . انظر : المبسوط (٦ / ٢٥) . الاختيار (٣ / ١٤٩ وما بعدها) . فتح القدير (٣ / ٣٣٣) . الدر المختار (٣ / ١١٨ وما بعدها) .

(٤) انظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في بدائع الصنائع (٢ / ٢٩٣) . الهداية (١ / ٢٢٣) . الاختيار (٣ / ١٠٣) . الدر المختار (٣ / ١١٤ ، ١١٧) .

.................وقال : الخلوةُ بالرتْقاء والقَرْناء[1] : تُقَرِّرُ المهرَ [2] . وخالفه المحقّقون .

* * *

(١) كلمة « القرناء » ساقطة من (ب).

(٢) في نسبة هذا القول إلى أبي حنيفة (رحمه الله) نظر ؛ فإن الذي قاله أبو حنيفة إنما هو في خلوة العِنِّين والخصيّ والمجبوب ، وخالف أبو يوسف ومحمد في المجبوب ، وقالا : خلوتُه لا تصحّ ، ووجْهُ قولهما : أن الجَبَّ يمنع من الوطء ، فيمنع صحةَ الخلوة ، كالرتق والقرن . ووجهُ قوله : أن المجبوب يُتصوَّر منه السحقُ والإيلادُ بهذا الطريق ؛ فإنها لو جاءت بولد ، يثبت النسبُ منه بالإجماع ، فَيُتَصَوَّر في حقّه ارتفاعُ المانع ، فتصح خلوتُه ، وعليها العدةُ .

انظر : بدائع الصنائع (٢ / ٢٩٢) . الهداية (١ / ٢٢٤) . الاختيار (٣ / ١٠٣) . العناية مع فتح القدير (٣ / ٣٣٤) .

الباب الثاني

في أحكام الصداق الفاسد [١]

وقاعدةُ البابِ أنّ النكاح لا يَفْسَدُ بفسادِ الصَّداق ؛ لأنَّ المذهبَ الصحيحَ : أن النكاحَ الخالي عن ذكْر الصداق [٢] ينعقد مُوجِبًا للصداق تعبُّدًا ؛ فلا يؤثر ذكرُ الصداقِ إلا في التعيين والتقديرِ ، فيفسد التعيين والتقدير [٣] ويبقى وجوبُ مهرِ المثل ، أو يبقى التقديرُ ويسقط التعيين ، حتى يرجع إلى قيمة الصداق إذا كان حرًّا أو مغصوبًا . وقال مالك (رحمةُ الله عليه) : « يفسد النكاحُ بفساد الصداق » [٤] . وقيل : هو قولُ الشافعيِّ (رضي الله عنه) [٥] . ولا تفريعَ عليه .

ثم لفساد الصداق أسبابٌ ومدارك [٦] :

الأول : أن لا يكون قابلًا للتمليك . كالخمر ، والمغصوب ، والحرّ . وحكمُه الرجوعُ إلى

---

(١) كلمة : « الفاسد » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « العوض » .

(٣) قوله : « فيفسد التعيين والتقدير » ساقط من (ب) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يفسد النكاح بفساد الصداق ، ويكون لها مهر المثل . وهو مذهب الحنفية والحنابلة .

انظر : الوجيز (٢ / ٢٥) . المنهاج ص (١٠٢) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢ / ١٤٥) . منحة الخالق على البحر الرائق (٣ / ١٧٦) . المقنع ص (٢١٩) . دليل الطالب ص (٢٠٩) . المغني لابن قدامة (٦ / ٦٩٤) .

مذهب المالكية : أن فساد الصداق ينفسد به النكاح ، فيفسخ قبل الدخول . فإن دخل بها أُمْضِيَ ، وكان فيه صداق المثل .

انظر : المدونة (٢ / ١٧٠) . رسالة ابن زيدون مع الثمر الداني ص (٤٤٤) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٤٩) . الشرح الكبير (٢ / ٣٠٣) . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٢ / ١٠٨) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « هو قولٌ للشافعيّ » وهو أليق .

(٦) في (أ) : « ثم لفساد الصداق مدارك » . وفي (ب) : « ثم لفساد الصداق أسباب » .

القيمة على قول . وإلى مهر المثل على قول [١] .

الثاني : الشروط . والأصلُ أنّ النّكاحَ لا يفسَدُ بكل شرطٍ يوافق مقصودَه ، كقوله : بشرط أن أُنْفِقَ عليكِ ، أو أُجامِعكِ [٢] ويفسَدُ بكل شرطٍ [٣] يُخِلُّ بمقصودِ البضع [٣] ، كقوله : « نكحتُ بشرطِ أنْ أُطلِّق » أو « لا أُجامِع » [٤] . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنه لا يفسد به وأما الذي لا يُخِلُّ بالمقصود ، ولكنْ يَتَعلَّق به غرضٌ مقصود [٥] ، ويُؤَثّر فيه - كشرطِ أن لا يَتَسَرَّى عليها ، وأن يُمكِّنَها [٦] من الخروج متى شاءت ، أو لا يجمع [٧] بينها وبين ضَرَّاتها [٨] في مسكن ، أو لا يقْسِمُ لها / فهذه أغراض مقصودة . وكلُّ غرضٍ مقصود ، فهو عوضٌ مُضَاف إلى الصداق ، أو مُقَابِلٌ له ، فيؤثر في إفساد الصداق ، لا في إفسادِ النّكاحِ . وكذلك الشروط الفاسدة الخاصّة بالصداق ، تُفْسِدُ الصداقَ [٩] دونَ النكاح . ١٧٥/أ

ولو شَرَط الخيارَ ثلاثةَ أيامٍ في الصداق ، فحاصِلُ المنقولِ فيه ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه يصح الشرط ويثبت الخيار ؛ لأن الصداق في حكم عقدٍ مُشتقل ، ولذلك لا ينفسخ [١٠] النكاحُ بفسخه ، فيفرد بالخيار كالبيع .

---

(١) والرجوع إلى مهر المثل هو الأظهر كما في الوجيز (٢ / ٢٦) . والروضة (٧ / ٢٦٤) . والمنهاج مع المغني (٣ / ٢٢٥) . ونهاية المحتاج (٦ / ٣٤٢) .

(٢) في (ب) : « وأجامعك » .

(٣) في (ب) : « يُخِل مقصود البضع » ، والصواب تعدية الفعل بالباء .

(٤) في (ب) : « ولا أجامع » .

(٥) في (أ) : « ومقصود » . وقوله : « غرض مقصود » ساقط من (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « ويمكنها » والزيادة من (أ) .

(٧) في الأصل ونسخة (أ) : « ويجمع » وهو خطأ ، والصواب ما في (ب) وهو المثبت .

(٨) في (ب) : « ضرتها » .

(٩) قوله : « تفسد الصداق » ساقط من (أ) .

(١٠) في (أ) : « لا يفسد » .

والثاني : أنه يفسد ويفسد النكاحُ ؛ لأن إثبات الخيار في أحد العِوَضَينْ يتداعى إلى الثاني . وهو ضعيفٌ يلزم في سائر شروطه [١] .

والثالث : أنه يفسد به الصداقُ دون النكاح [٢] ؛ لأن إثبات الخيار - في الصداق - بعيدٌ ، وإذا [٣] لم يَصِحَّ أفسدَ الصداقَ .

فرع : نقل المزنيُّ لفظينْ مُتقاربين وحُكْمَينْ مُخْتلفين . فقال : « لو عقد النكاحَ بألفٍ على أنَّ لأبيها ألفًا : فالمهرُ فاسدٌ ؛ لأنَّ الألفَ الثاني ليس بمهرٍ ، وقد اشترطه [٤] » .

ولو نكح امرأةً بألف [٥] على أنْ تُعْطي أباها ألفًا : كان جائزًا ، ولها [٦] مَنْعُه ، وأَخْذُها منه ؛ لأنها هِبَةٌ لم تُقبض أو وكالةٌ [٧] . وكأنَّ المزنيَّ جعل هذا ، كأنه ....

---

(١) في (ب) : « الشروط » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ٢٦٦) . والمنهاج مع المغني (٣ / ٢٢٦) . والغاية (٢ / ٧٥٢) . ونهاية المحتاج (٦ / ٣٤٣) .

(٣) في (أ) : « فإذا » . (٤) في (ب) : « شرطه » .

(٥) من قوله : « على أن لأبيها ... » إلى قوله : « بألف » ساقط من (أ) .

(٦) في (ب) : « وله » .

(٧) نصُّ الشافعيِّ (رحمه الله) كما في مختصر المزني هو « إذا عقد النكاح بألف ، على أنَّ لأبيها ألفًا : فالمهر فاسد ؛ لأن الألف ليس بمهر لها ، ولا يحقُّ له باشتراطه إياه . ولو نكح امرأة على ألف ، وعلى أن يعطي أباها ألفًا : كان جائزا ، ولها منعُه وأخذُها منه ؛ لأنها هبة لم تُقْبض أو وكالة » ا . هـ مختصر المزني ص (١٨٢) .

ثم وجدتُ نصَّ الشافعي هذا في « الأم » فرأيتُ أن أُثبته بلفظه ؛ وذلك لما سأُبيّنه بعد نَقْلِه إن شاء الله قال رحمه الله : « وإذا عقد الرجلُ النكاحَ على البكر أو الثيب - التي تَلي مالَ نفسِها أو لا تليه - فإذنُها في النكاح غيرُ إذنها في الصداق . فلو نكحها بألف على أنْ لأبيها ألفً : فالنكاحُ ثابتٌ ، ولها مهرُ مثلِها ، كان أقلَّ من ألف ، أو أكثرَ من ألفين ؛ من قِبَلِ أنه نكاح جائز ، عُقِدَ فيه صداق فاسد وَجَبَ في أصل العقد ليس من العقد ، ولا يجب بالعقد ما لم يجعله الزوجُ للمرأة ، فيكون صداقا لها ، فإذا أعطاه الأبَ ، فإنما أعطاه بحق غيره ، فلا يكون له أن يأخذ بحق غيره ، وليس بهبة ، ولو كان هبةً لم تجز إلا مقبوضةً ، وليس للمرأة إلا مَهْرُ مثلها .

ولو كانت البنتُ ثيبًا أو بكرًا بالغًا ، فرضيت قبل النكاح ، أن ينكحها بألفين على أن تعطي أباها ، أو أخاها ، =

...............عقد بألفين على أن توصل [1] إلى أبيها من مالها ألفًا ، فالتزم عملًا لا يلزمه ؛ فيلغوه لكن اللفظ يكاد يَنْبُو عنه ، فمن الأصحاب من قال : المهرُ فاسدٌ هاهنا أيضًا [2] ؛ لأنه عقد بألف ، بلا فرقٍ [3] بين الإضافة وبين الإعطاء . ومنهم من قال : في المسألتين قولان بالنقلِ والتخريج ؛ إذِ [4] الإضافةُ إلى أبيها أيضًا ، مُشْعِرٌ بأنه يُسَلّم له من جهتها [ألفًا] [5] فهو كالإعطاء . والصحيح الفرقُ ، وتقريرُ النَّصَّيْنْ .

المدرك الثالث : الفساد بتفريق الصفقة [6] . وفيه مسألتان :

إحداهما : أن يُصْدِقَها عبدًا ، على أن تَرُدَّ ألفًا . فقد جعل العبدَ مبيعًا وصداقها [7] ، فجمع

= منهما (أي : من الألفين) ألفًا ، كان النكاح جائزًا وكان هذا توكيلًا منها لأبيها بالألف التي أَمَرتْ بدفعها إليه ، وكانت الألْفان لها ، ولها الخيارُ في أن تُعْطيها أباها (يعني الألف) وأخاها - هبةً لهما - أو مَنْعِها لهما ؛ لأنها هبةٌ لم تُقْبض ، أو وكالةٌ بِقَبْضِ ألف ، فيكون لها الرجعةُ في الوكالة ..... » قال : « ولو انعقدت عقدة النكاح - بأمرِ التي تَلي أمرَها - بمهرِ رضيتْه ، ثم شرط لها - بعد عقدة النكاح شيئًا ، كان له الرجوع فيه وكان الوفاء به أحسن ....» إلخ كما في « الأم » (٥ / ٧٣) .

ومِن نصّ الشافعي في « الأم » يتبينُّ لنا أن هذه الأحكام المختلفة ، إنما هو لاختلاف وقت الشرط ، فإذا شرط لها ذلك قبل العقد ، كان النكاح جائزًا والصداقُ صحيحًا أيضًا ، وكان الخيار بين إمضاءِ الشرط وعَدَمه .

وإذا شرط لها ذلك بعد العقد ، فله الخيار في إمضائه أو عدمه ، والوفاءُ به أحسن ، كما قال الشافعي (رحمه الله) . ومن ثَمَّ يتبينُّ لنا أن هذه المسائل مختلفة الصور ، ولكل منها حكمها ، وليست مسألةً واحدةً تناقَضَ فيها قولُ الشافعي أواختلف . وعليه فإن مارجحه الغزالي من تقرير النصين هو الصواب وليس مارجحه في الروضة(٢٦٦/٧)إذ قال : « والمذهب فساد الصداق في الصورتين ، ووجوب مهر المثل فيهما » .

(١) في الأصل : « توصلها » . والمثبت في (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة « أيضًا » ساقطة من (ب) .

(٣) في (أ) : « ولا فرق » . وفي (ب) : « فلا فرق » .

(٤) في الأصل : « إذا » .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (ب) : « المدرك الثالث للفساد : تفريقُ الصفقة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وصداقًا » .

بين صفقتين مختلفتين ؛ فَيُخَرَّج على قَوْلَيْ تفريقِ الصفقة [١] . فإن أفسدنا كان تأثيرُه في إفساد الصداق . وذكر الفوراني القولينْ في صِحّة النِّكاحِ ، وربما يعتضد [٢] ذلك بطردِ الأصحابِ القولين ، فيما لو جمع بين أجنبية ومَحْرَمٍ في صفقة واحدة ، إذ أفسدوا نكاح الأجنبية على قول ، لكنه ضعيفٌ ؛ لأن الفساد [٣] تطرّق هاهنا [٣] إلى بعض صيغة التزويج ، والصيغةُ لا تتبَعَّض ، وهناك تطرّق الفسادُ إلى لفظ الصداق .

وإن فرعنا على صحة الصداق ، فلو تلف العبدُ قبل القبض ، استردَّت الألفَ ، ورجعت إلى مهر المثل على قولٍ [٤] . وعلى قول : ترجع إلى قيمة الباقي باعتبار توزيع العبد على الألف ومهر المثل .

ولو قبضت العبدَ ، فوجدتْ به عيبًا ، وأرادت أن تُفْرِدَ القدرَ المبيعَ - أو الصداقَ - بالرد ، ففيه قولا تفريقِ الصفقة [٥] . ووجْهُ جوازِهِ : أن جهة الصداق تُبَايِنُ جهةَ البيعِ ، فلم يكن كما لو اشترى عبدًا [٦] ، وردّ بعضَه بالعيب ، فإن ذلك ممتنِّع ؛ لِمَا فيه من الإضرار بالتوزيع .

الثانية : لو جَمَعَ بين نسوة في عقد واحد [٧] ، على صداق واحد : فالنكاح صحيح [٨] ، وفي صحة الصداق قولان [٩] ، نَصَّ عليهما الشافعيُّ (رضي الله عنه) [١٠] ، وكذلك في الخلع .

---

(١) قال في الروضة : « يصح النكاح قطعًا ، وفي صحة الصداق قولان ، أظهرهما : الصحة » . الروضة (٧ / ٢٦٧) . وانظر الغاية القصوى (٢ / ٧٥٢) .

(٢) في (أ) : « يعضد » .

(٣) في (أ) : « وهاهنا تطرق » . وفي (ب) سقطت كلمة « تطرق » .

(٤) ورجوعها إلى مهر المثل هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ٢٦٧) .

(٥) والأصحُ جوازُه كما في الروضة (٧ / ٢٦٨) .

(٦) في (ب) : « عبد » وهو خطأ واضح.

(٧) كلمة : « واحد » ساقطة من (ب) .

(٨) قال في الروضة : « وهذا يُتَصَوَّر عند اتِّحاد الوليِّ ، بأن يكون له بناتُ بنين ، أو [بناتُ] إخوةٍ ، أو أعمامٍ . ويُتصور [أيضًا] مع تعدُّد الولي ، بأن وَكَّلَ أولياءُ نسوةٍ رجلًا واحدًا » . الروضة (٧ / ٢٦٨ وما بعدها) .

(٩) وأظهرهما فساد الصداق . انظر الروضة (٧ / ٢٦٩) . الغاية القصوى (٢ / ٧٥٢) .

(١٠) انظر الأم (٥ / ٦٨) . ومختصر المزني ص (١٨١) . وقال المزني : « وفسادُ المهر بقوله أولى » .

ونصّ على أنه لو اشترى عبدين من رجلين - لكل واحد عبدٌ - بثمن واحد : فالبيعُ باطلٌ ؛ [لجهالة الثمن] [1] . ونص على أنه لو كاتبَ عبيدَه على عوض واحد : فالكتابة صحيحة [2]

فمن الأصحاب من قرَّرَ النصوصَ ، وقال : البيعُ باطلٌ ؛ لجهالةِ الثمن في حقِّ كلِّ واحد ، والكتابةُ صحيحةٌ ؛ تَشَوُّفًا إلى العتق ؛ إذ احْتُمِل فيه مقابلة الملك بالملك ، فهذا أوْلى . والصداقُ والخلعُ دائرٌ بين الرتبتين [3] ، ففيه قولان . ومنهم مَنْ طردَ القولينْ في الجميع ، وهو القياس . ووجهُ قولِ الفساد : الجهلُ بحقِّ كلِّ واحد . ووجهُ الصحة : معرفةُ الجملة وتيسيرُ الوصول إلى التفصيل بالتوزيع . لكنه لا خلافَ أنه لو قال : بِعْتُكَ هذا العبدَ بما يقتضيه التوزيعُ من الألف - إذا قُسّمَ على قيمته وعلى قيمة ذلك العبد الآخر - لم يَجُزْ ذلك [4] . فأيُّ فرقٍ بين أن يدخل العبدُ الآخرُ في العقد أَوْ لا يدخل ، والصفقةُ تعددَّتْ بتعدُّدِ البائع ؟ فالتصحيح [5] بعيدٌ في الجميع .

التفريع : إنْ قَضَيْنا بالصحة ، وُزِّعَ الصداقُ على مهورِ أمثالهن [6] . وفيه وجه بعيد : أنه يُوَزَّع على عدد الرءوس .

وإن فرعنا على الفساد ، (٧ يرجع كلُّ واحدٍ منهم إلى مهر المثل ٧) على قول [8] ، وإلى قيمة الصداق [9] كما يقتضيه التوزيعُ ، على قول ؛ لأن هذا مجهولٌ أمكن معرفتُه بخلاف ما لو أصدقَها / مجهولًا لا يمكن معرفته ، فإنه يرجع [10] إلى مهر المثل قولًا واحدًا . ١٧٥/أ

المدرك الرابع : أن يكونَ الصداقُ بحيثُ لو قُدِّرَ ثبوتُه لارتفعَ النِّكاحُ ، كما إذا قَبِلَ (١١ نكاحَ عبدِه ١١) وجعلَ..

---

(١) زيادة من (ب) .
(٢) انظر مختصر المزني ص (٣٢٤) .
(٣) في (أ) : « بين رتبتين » .
(٤) قوله : « لم يجز ذلك » ساقط من (ب) .
(٥) في (أ) : « والتصحيح » .
(٦) بياض في (ب) بمقدار كلمة « أمثالهن » .
(٧) في (أ) : « ترجع كل واحدة منهن إلى مهر المثل » . وفي (ب) : « رجعت كلُّ واحدة إلى مهر المثل » .
(٨) وهذا القو ل هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ٢٦٩) .
(٩) في نسخة أخرى « العبد » كذا على هامش الأصل .
(١٠) في (ب) : « فإنها ترجع » .
(١١) في (ب) : « النكاح لعبده » .

رقبتَه صَدَاقًا ، (١ فلو ملكتْ رقبته ١) لا نفسخَ النكاحُ ، فيفسد الصداق ، ويفسد (٢) النكاح أيضًا ؛ لأنه قرنَ النكاحَ بما يضادُّه لو ثَبَتَ ، بخلافِ ما لو أصْدَقَ خمرًا ، (٣ فضاهى هذا شرط الطلاقِ والفسخ ٣) ، وكان يحتمل تصحيح النكاحِ ، ولكنْ لا صائر إليه .

المدرك الخَامس : أن يتضمن إثباتُ الصداقِ رَفْعَ الصداقِ ، كما لو زوَّج من ابنه امرأةً ، وأصدقها أُمَّ ابنِه ، فإنّه لابُدَّ من تقديرِ دخولِ الأُمِّ في ملكِ الابنِ حتى ينتقل إلى الزوجة صداقًا . (٤ ولو دخل في ملكه ، لعتق عليه ٤) ولَمَّا صار صداقًا ، ففي إثباتِه نَفْيُه ، ففسَدَ بطريق الدَّوْر ، ولكنْ يَصِحُّ النكاحُ .

المدرك السادس : أن يُضَمَّنَ (٥) إضرارًا بالطفل (٦) ، كما لو قَبِلَ لابنه الصغيرِ نكاحًا بأكثر من مهر المثل ، أو زَوَّجَ ابنتَه بأقلّ من مهر المثل ، فيفسد الصداقُ ، وفي صحة النكاح قولان :

أحدهما : الصحة ؛ كسائر أسباب الفساد (٧) .

والثاني : الفساد ؛ لأنها إذا لم تَرْضَ إلا (٨) بأكثر من مهر المثل ، [فكيف تُرَدّ إلى مهر المثل] (٩) ؟ وكيف يصحُّ العقدُ دون رضاها ؟ وكذلك إذا لم يرضَ زوجُ ابنته إلا بأقل من مهر المثل ، فكيف يلزمه مهرُ المِثل ؟ هذا إذا زَوَّجَ [من] (١٠) ابنه بمال الابن . فإن زَوَّج ، وأصدقَ (١١) من ماله بزيادة على مهر المثل : صَحَّ ، ولا نقول : هذا يدخل في ملك الطفل ويصير (١٢) تبرعًا من

(١) في (ب) : « فلو ملكت رقبة العبد » . (٢) في (ب) : « ثم يفسد » .

(٣) في نسخة أخرى : « لأن هذا يضاهي شرط الطلاق والفسخ » .

(٤) في (أ) : « ولو دخلت في ملكه لعتقت عليه » . وفي (ب) : « تعتق عليه » .

(٥) في (ب) : « أنْ يتضمن » . (٦) في (أ) : « بالابن » .

(٧) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ٢٧٤) والمنهاج مع المغني (٣ / ٢٢٧) والغاية (٢ / ٧٥٢).

(٨) كلمة : « إلا » ساقطة من (ب) .

(٩) زيادة من (ب) ، وفي الأصل إشارة إلى ثبوتها في نسخة أخرى .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) . (١١) في (ب) : « وأصدقها » .

(١٢) في (ب) : « ولا يصير » وهو خطأ . انظر الروضة (٧ / ٢٧٤) .

ماله ؛ لأنه لا مصلحةَ للطفل في إفساد هذا الصداق ؛ إذْ يفوت عليه الكُلُّ ، فإذا [1] كان يحصل ذلك ضِمْنًا ، فلا نُبَالي بالزيادة .

واختتام الباب بمسألة « السر والعلانية » : فإذا تواطأَ أولياءُ الزوجين على ذكر ألفين في العقد ظاهرًا ، وعلى الاكتفاء بألف باطنًا ، فقد نقل المزنيُّ قولين في أن الواجب مهر السّرّ أو مهر العلانية ؟ واختار المزنيُّ أن الواجب مهر العلانية ؛ لأنَّ ما جرى قبلَه ، وعَدٌ مَحْضٌ [2] . وما ذَكَرَه صحيحٌ ؛ إذ لم يَجْرِ إلا الوعدُ [3] . [4] فأما إذا تواطئوا [4] على إرادةِ الألف بعبارةِ الألفينِ ، فيحتمل قولينْ ، مأخذُهما : أن الاصطلاح الخاصَّ ، هل يُؤَثِّر في الاصطلاح العام ويُغَيِّره [5] أم لا ؟ وفيه نظر .

المدرك السابع : مخالفة الآمر . وذلك أن يقولَ للوكيل : « زوِّجني بألف » فزوَّجَ بخمسمائةٍ ، لا يصحُّ النكاحُ ؛ لأنه لا يملك الوكيلُ إلا ما أُذِنَ له فيه ، [6] ولم يُؤْذَنْ له في هذا العقدِ بخمسمائة [6] .

فأما إذا قالتْ للوكيل : « زَوِّجْني » مطلقًا ، فزوَّجَ بأقلَّ من مهر المثلِ ، فالصحيحُ : فسادُ النكاحِ أيضًا [7] لأنّ المطْلَق في العُرْفِ ، يقتضي مَهْرَ المثل .

[ولو زوَّجها من غيرِ المهرِ ، ففي الصحة قولان :

أحدهما : لا يصحُّ ؛ لأن المطلق ينزل على النّكاح بالمهر .

والثاني : الصحةُ ، لأنه طابَقَ فعلُه إذْنَها] [8] .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) انظر مختصر المزني ص (١٨١) .

(٣) والمذهب وجوبُ ما تَمَّ العقدُ عليه . انظر مغني المحتاج (٣ / ٢٢٨) . والروضة (٧ / ٢٧٤ ، ٢٧٥) .

(٤) في (أ) : « فإذا تواطئوا » .

(٥) في (ب) : « وتغْييره » .

(٦) في (ب) : « ولم يؤذَن في العقد بخمسمائة » .

(٧) كلمة : « أيضًا » ساقطة من (ب) .

(٨) ما بين الحاصرتين زيادة من (ب) .

أما إذا زوَّجَ الوكيلُ [1] أيضًا مطلقًا ، ولم يتعرَّضْ للمهرِ ، فيحتمل [2] التصحيح ، والرجوعُ إلى مهر المثل ؛ لأنَّه طابَقَ فعلُه إذْنَها . ويحتمل الإفساد ؛ إذ كان مفهومُ قولِها في العرف ذِكْرَ المهرِ .

وأَمَّا [3] إذا ذكر خمرا أو خنزيرًا ، ظهرت المخالفةُ ؛ فيظهر الإفسادُ . وأما [4] إذا أَذِنتْ للوليِّ ، فالصحيحُ : أنَّ الوليَّ في هذا المعنى كالوكيل ؛ لأنه غيرُ مُجْبِرٍ ، وقيل : إن الإذن يُلْحِقُه بالمجبِرِ . ثُمَّ في تزويج المجْبِرِ بأقلَّ من مهر المثل قولان . (٥ وإنما ذكروا القوليْن أيضًا في الوكيل ٥) حيث فَوَّضَتْ [6] إليه مطلقًا .

(٧ أَمَّا إذا قدَّرَت المهرَ وخالفَ ، فقطعوا بفسادِ النكاح . وقيل بطَرْدِ القوليْن أيضًا في الوكيل إذا فوّضَ إليه مطلقًا ٧) .

فَرْع : لو قالت : زَوِّجْني بما شاء الخاطبُ ، فقال : زوجتُكِ بما شئت ، فالمهرُ مجهولٌ ، والرجوعُ إلى مهر المثل ، إلا إذا عَرَفَ المزوِّجُ ما شاء الخاطبُ . وقال القاضي : وإن عرَف ، فالصداقُ فاسدٌ ؛ فإنه [8] لم يتلفَّظْ به .

* * *

(١) كلمة : « الوكيل » ليست في (أ) .

(٢) قوله « فيحتمل » ساقط من (ب) .

(٣) في (أ) : « فأما » .

(٤) في (ب) : « أما » .

(٥) في (ب) : « وإنما ذكروا القولين في الوكيل أيضًا » .

(٦) في (ب) : « فُوِّضَ » .

(٧) ما بين الرقمين غير واضح بالأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « لأنه » .

الباب الثالث

في إخلاء النكاح عن المهر

(وفيه ثلاثة فصول)

الفصل الأول

فيما تستحقه المفوّضة [(١)]

ونعني بالتفويض [(٢] تخليةَ التّكاح عن المهر بأمرِ مَنْ إليه الأمر [٢)] ، كما إذا قالت البالغةُ للوليِّ : « زوِّجْني بغير مهر » فزوَّجَها ، ونَفَى المهرَ ، أو سكتَ عن ذكره . وكما لو زوَّج السيدُ أَمتَه ، ونَفَى المهر [(٣] أو سكتَ عنه [٣)] . ولا يُتَصوَّر ذلك في صبيَّة ، ولا مجنونة [(٤)] ، ولا سفيهة ؛ إذ ليس لأحدٍ إسقاطُ مهورهنَّ . نعم ، إذا قالت السفيهةُ للوليِّ : « زوِّجْني بغير مهر » ، تسلَّط الوليُّ على التزويج بإذنها ، لكنْ عليه تزويجُها بمهر المثل ، ولا يُعْتبر قَوْلُها في إسقاط المهر .

ثُمَّ فيما تستحقُّه المفوّضةُ طريقان [(٥)] :

قال العراقيون : لا تستحقُّ بالعقد شيئًا [(٦)] ، وتستحقُّ بالوطء مهرَ المثل . وهل تستحق

---

(١) وتسمى « المفوّضة » و « المفوَّضة » ، فالأول – على اسم الفاعل – ؛ لتفويضها أمرَها إلى الزوج أو الولي ، بلا مهر ، أو لأنها أهملت المهر . والثاني – على اسم المفعول – ؛ لأن الوليّ فوَّض أمرها إلى الزوج .

والتفويض نوعان :

أ – تفويضُ مهرٍ ، وهو أن تقول لوليها : زوجني على أن المهر ما شئتَ ، أو ما شاء الخاطبُ ، أو فلانٌ .

ب – وتفويضُ بُضْعٍ : والمراد به إخلاءُ النكاح عن المهر ، كأن تقول البالغة الرشيدة : زوجني بلا مهر ، أو على أن لا مهر ، فيزوجها الولي ويَنْفي المهرَ أو يسكت عنه . وهذا النوع هو المراد هنا . انظر روضة الطالبين (٧ / ٢٧٩) .

(٢) في (أ) : « خلاية النكاح عن المهر بأمر مَنْ إليه المهر » . وهو أوضح

(٣) في (أ) : « أو سكت » ، وفي (ب) : « أو سكت عن ذكره » .

(٤) في (ب) : « أو مجنونة » .

(٥) أي فيما تستحقه بنفس العقد .

(٦) وهذا هو الأظهر كما في الروضة (٧ / ٢٨١) . والمنهاج مع المغني (٣ / ٢٢٩) . والغاية القصوى (٢ / ٧٥٥) .

بالموت ؟ قولان : / . ١٧٦/أ

أحدهما : نعم ؛ لأن الموت مُقَرِّرٌ كالوطء ، ولأن ابن مسعود (رضي الله عنه) سُئِل عن المفوضة وقد مات زوجُها ، فاجتهد شهرًا ، ثم قال : « إن أصبتُ فمن الله ، وإن أخطأتُ فمنيّ ومن الشيطان ، أرى ، لها مهرُ نسائها والميراثُ » فقام معقل بن سنان [١] ، وقال : « أشهد [٢] أن رسول الله ﷺ قضى في تزويج بَرْوَع بنت واشِق الأشجعية [٣] بمثل قضائك هذا » [٤] فسُرَّ به [٥] سرورًا عظيمًا [٦] .

---

(١) في النسخ الثلاثة « معقل بن يسار » وهو خطأ ، والصواب أنه معقل بن سنان وهو ما أثبته - كما يظهر من تخريج الحديث ، وهو أبو محمد معقل بن سنان الأشجعي ، وقد شهد فتح مكة ، ثم سكن الكوفة ، ثم تحول إلى المدينة ، وكان من الفضلاء الأتقياء ، روي له عن رسول الله ﷺ حديث بروع بنت واشق وهو صحيح كما قاله النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٢ / ١٠٥) . وانظر طبقات ابن سعد (٦ / ٥٥) . أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير (٤ / ٣٩٧) . الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٣ / ٤٤٦) . تهذيب التهذيب (١٠ / ٢٣٣) .

(٢) كلمة : « أشهد » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « في تزويج بنت واشق الأشجعية » . وقيل : إنها كلابية ، وكانت امرأة هلال بن أمية . وأصحابُ الحديث يكسرون الباء من « بروع » والصوابُ فتحها كما قاله الجوهري في صحاح اللغة وابن سِيدَه في المحكم . وانظر جمهرة أنساب العرب لابن دريد ص (٢٨٧) . أسد الغابة (٧ / ٣٧) . الإصابة (٧ / ٥٣٤) .

(٤) كلمة « هذا » ساقطة من (أ) .

(٥) في (أ) : « فَسَرَّهُ » .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود (٢ / ٥٨٨) (٦) كتاب « النكاح » (٣٢) باب « فيمن تزوج ولم يُسَمِّ صداقا حتى مات » حديث (٢١١٤) ، (٢١١٥) ، (٢١١٦) وفيه : « فقام ناس من أشجع ، فيهم الجراحُ وأبو سنان ، فقالوا : يا ابن مسعود ، نحن نشهد أن رسول الله ﷺ قضاها فينا في بروع بنت واشق - وإن زوجها هلالُ بن مرة الأشجعي - كما قضيتَ » . ورواه الترمذي (٣ / ٤٥٠) حديث (١١٤٥) وقال : حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح ، وقد رُوي عنه من غير وجه . ورواه النسائي (٦ / ١٢١) . وابن ماجه (١ / ٦٠٩) حديث (١٨٩١) . وابن حبان (٦ / ١٥٩) حديث (٤٠٨٦) (٤٠٨٧) . والحاكم في المستدرك (٢ / ١٨٠) وصححه على شرط مسلم ، و (٢ / ١٨١) وصححه على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي في الموضعين . =

والثاني : [أنها] [1] لا تستحقّ ؛ لأنّ تَشْبيهَ الموت بالطلاق أَوْلَى .

ولا خلاف أنها لا تستحقُّ الشطرَ [2] عند الطلاق قبل المسيس . وأما حديث معقل بن سنان [3] فلم يقبلْه علي بنُ أبي طالب (كرم الله وجهه) [4] وقال : كيف نَقْبل في ديننا قولَ أعرابيٍّ بوَّالٍ على عقبيه ؟! [5] .

هذه طريقةُ العراقيين ، أما المراوزة فذكروا قولينْ في أنها ، هل [6] تستحق بالعقد ؟ ووجه الاستحقاق أنها إذا استحقت عند الموت - والموتُ لا يُوجِب ، بل يُقَرِّر - [فقد] [7] دلّ على أنه وجب [8] بالعقد ، فكذلك [9] الوطءُ - وإن كان موجبًا - فإنما يُوجِب إذا لم يكن مستحقًّا [أعني الوطء] [10] ، [11] والوطءُ - هاهنا - مستحق بالعقد ، فلا يوجب شيئًا ، وهذا بخلاف الوطء بالشبهة [11] ؛ ولذلك لا يجب على السيد بوطء أمته شيءٌ ، فوجوبُه بالوطءِ يدلّ على وجوبه بالعقد .

واتفق الأصحابُ على أنها لا تستحقُّ بالطلاقِ قبل المسيس ؛ لأن القياسَ سقوطُ الكُلِّ

= ورواه البيهقي في السنن الكبرى وصححه (٧ / ٢٤٤ وما بعدها) . والحديث صححه أيضًا عبد الرحمن بن مهدي ، وقال ابن حزم : « لا مغمز فيه لصحة إسناده » كذا في التلخيص الحبير (٣ / ٢١٦) . وقال الشوكاني : « ولم ينفرد بالحديث معقلٌ ، بل رُوي من طريق غيره ، بل معه الجراح وأبو سنان كما وقع عند أحمد [٤ / ٢٧٩] ، وناسٌ من أشجع كما في رواية أبي داود [٢ / ٥٩٠] ثم قال : والكتاب والسنة ، إنما نَفَيَا مهرَ المطلقة قبل المسِّ والفرضِ ، لا مَهْرَ من مات عنها زوجُها ، وأحكامُ الموت غيرُ أحكام الطلاق » . انظر نيل الأوطار (٧ / ٢٦٦) .

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (ب) : « التشطير » .

(٣) في الأصل : « ابن يسار » وهو خطأ كما بينتُه قريبًا .

(٤) قوله : « كرم الله وجهه » ليس في (أ) ، وفي (ب) : « رضي الله عنه » .

(٥) قال الشوكاني : « قولُ عليّ في حديث بروع : (لا نقبل قول أعرابي بوال على عقبيه) لم يثبت عنه من وجه صحيح » . نيل الأوطار (٧ / ٢٦٦) .

(٦) كلمة « هل » ساقطة من (أ) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « يجب » .

(٩) في (ب) : « وكذلك » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

بالطلاق ، ولكن [1] قال الله تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ... ﴾ [2] فخصص بالمفروض .

ولو أَصْدقها خمرًا ، ورجعْنا إلى مهر المثل ، تشطر [3] ذلك بالطلاق ؛ لأنه مفروضٌ صحيح [4] في إثبات الأصل دون التعيين . وذكر الشيخ أبو محمد أن مهرَ المثل في صورة التفويضِ أيضًا يتشطّر كذكرِ الخمر .

[5] واتفقوا على أنها تستحقُّ بالوطء أيضًا [5] إلا القاضي حسين [فإنه] [6] ذكر وجهًا : أنها لا تستحقُّ ؛ مُخَرَّجًا من قول الشافعي (رضي الله عنه) في المرتهن ، إذا وطىء الجارية المرهونة بإذن الراهن ، على ظَنٍّ أنه مُبَاح [7] : إنّ المهرَ لا يجبُ مع ثبوت النسب والعدّة [8] . وسقوطُ المهر لا [9] مأخذ له إلّا إسقاط من له الحق [10] .

فرع : إذا قلنا : تستحق المهر بالوطء ، فيجب باعتبار حالها يوم الوطء ، أو يوم العقد ؟ فيه وجهان [11] . ووجهُ اعتبارِ يوم العقد يُومِئُ إلى أنَّ الأمر كان موقوفًا ، فكأنا [12] نقول : العقدُ الخالي عن الوطء لا يُوجبُ المهر ، والمفضي إلى الوطء يُوجِب ، ولكن لا يتبين إلا

---

(١) في (ب) : « لكن » .

(٢) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

(٣) في نسخة أخرى « فينشطر » كذا على هامش الأصل .

(٤) في (ب) : « صحٌ » .

(٥) في (ب) : « واتفقوا أيضًا أنها تستحق بالوطء » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (ب) : « يباح » .

(٨) كلمة : « العدة » ساقطة من (أ) .

(٩) قوله : « وسقوط المهر لا » ساقط من (ب) .

(١٠) انظر مختصر المزني ص (٩٤) فقد حكى قولين عن الشافعي في هذه المسألة ، هل يغرم أم لا ؟ .

(١١) والمعتمد أنها تستحق أكثرَ مهرٍ من يوم العقدِ إلى الوطء . انظر في هذه المسألة : روضة الطالبين (٧/ ٢٨١) . مغني المحتاج (٣/ ٢٣٠) .

(١٢) في (أ) : « فكأن » ، وفي (ب) : « وكأنا » .

بالآخرة [1] ، [2] فتحصَّل بالعقد ثلاثة أقوال [2] :

يجب .

لا يجب .

هو موقوفٌ إلى أن يَخْلو عن المسيس ، أو يُفْضي إليه .

* * *

(١) في (ب) : « بآخره » .

(٢) في (ب) : « فتحصل في العقد ثلاثة أقوال » .

الفصل الثاني
في الفَرْض ، ومعناه ، وحكمه

اعلمْ أنّ المفوّضةَ إذا قلنا : إنها تستحقُّ المهرَ – إما بالعقد أو بالمسيس – فمعناه أنها تستحقُّ : [إمّا] [١] مهر المثْل ، أو ما تراضى به الزوجان ، وما يتراضيان به [فهو] [٢] أولى . فإن عجزنا عن ذلك ، رجعْنا إلى مهر المثل ؛ لأن إيجابَ المهر – مع التصريح بنَفْيه – تعبُّدٌ ، والتعبدُ في أصل المهر ، لا في مبلغه [٣] ، لكنْ طَلَبُ ما لا يتعينُّ مبلغُه غيرُ ممكن ، فلذلك يجب على الرجل تعيينُ المبلغ بالفرض ، ويجوزُ للمرأة أن تمنع نفسَها في طلب الفرضِ على القولين [٤] جميعًا .

[٥] فأمَّا إنْ قلنا [٥] : إنها [٦] تستحقُّ بالعقد ، فلها غرضٌ في الفرض ، وهو تقريرُ الشَّطْر عند الطّلاق .

وإن قلنا : لا يجبُ ، فتستحقُّ عند المسيس ، [٧] فلها أن لا تُسَلِّمَ [٧] نفسَها إلا على ثبت . نعم ، ليس لها حَبْسُ نفسها لتسليم المفروض في صورة التفويض ؛ لأنها أبطلتْ حقَّها إذْ رضِيَتْ بغير مهر ، وإنما لها الفرضُ ؛ لِنَفْيِ الجهالة عمَّا أثبتَه الشرعُ أو تُثبته . ومن أصحابنا مَنْ ذكر وجهًا : أن لها حَبْسَ نفسِها لتسليم المفروض ، [٨] كما لها طلبُ الفرض [٨] وهو مُتَّجهٌ [٩] .

ثم لا خلافَ في أنّ لهما فرض غير جنس الصداق ، وما يزيد على مهر المثل وما ينقص ، إذا لم يكن من جنس مهر المثل . والصحيح : أنه يجوز فرض الزيادة على مهر المثل وإن كان من جنسه ، ويجوز فرض المؤجل ولا يشترط علمهما [١٠] بمهر المثل عند الفرض .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « المبلغ » .

(٤) في (ب) : « قولين » .

(٥) في (أ) : « إذا قلنا » .

(٦) كلمة : « إنها » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « فلها أن تسلم » وهو خطأ .

(٨) في (أ) : « كما لو طُلِبَ الفرض » .

(٩) وهو ما رجحه النووي كما في المنهاج مع المغني (٣ / ٢٣٠) .

(١٠) في (أ) : « علمها » .

ومن أصحابنا مَنْ ذكر في هذه المسائل الثلاثِ وجهينْ ، فكأنه يجعلُ مهرَ المثل أصلًا ، والفرضَ بيانًا له وتقديرًا . فيقول : لا يمكن إثباتُ الأجل ابتداءً ، ولا التزامُ زيادة على مهر المثل ؛ فإنه لا أصل له ، كما أنه لا تجوزُ المصالحةُ في [1] دم العمد على ما يتبينَّ [2] من الإبل إذا قلنا : الواجبُ أحدُهما لا بعَيْنه ، وكأنَّ مثلَ ذلك التردُّد جارٍ هاهنا ، وهو أنّ الواجبَ مهرُ المثل ؟ أو المفروضُ أحدُهما لا بعينه ؟ أو مهرُ المثل / هو الأصلُ ، والفرضُ بناءٌ ١٧٦/ب عليه وتابعٌ له ؟. والأصحُّ : أن الواجبَ أحدُهما لا بعيْنه ؛ ولذلك جاز تعيينُ ما تزيدُ قيمتُه من غير جنس المهر ، لا على منهاج الاستبدال ؛ إذ لا يفتقر إلى إيجاب وقبول .

فروع أربعة [3]

الأول : لو أبرأت قبلَ الفرضِ عن المهر : صَحَّ على قولنا : يجب بالعقدِ ، إن كان مهرُ المثلِ معلومًا . وإن كان مجهولًا : لم يصحَّ في الزيادة على المستيقن . وفي القدر المستيقن قولا تَفْريق الصَّفقة . وإن قلنا : لا يجب إلا بالوطء ، فهو كالإبراء عما لم يجبْ ، وجرى سببُ وجوبه ، وفيه قولان ، ولا يكونُ إبراؤها مُضَادًّا [4] للتعبّد ؛ فإنه في حكم الاستيفاء .

أما إذا قالت : « أسقطتُ حقيٍّ عن طلبِ الفرض » فهذا يلغو ؛ لأن أصل الحقِّ باقٍ ، والفرضُ تابعٌ له ، فصار ذلك كرضا التي آلى عنها زَوْجُها ، فإنّ ذلك لا يُسْقِطُ حقَّها .

الثاني : لو فرضَ لها خمرا أو خنزيرًا ، لغا [5] ، ولم يتشطَّرْ بسببه مَهْرُ المثلِ ؛ لأن المؤثر فرضٌ صحيحٌ أو مقرون [6] بحال العقد ، فما لا يفيد تَعْيينًا بعد العقدِ ، لم يُؤثّر في تَغَيُّر [7] العقدِ .

الثالث : لو امتنع من الفرض – مع طلبها – فللقاضي أن يَفْرِضَ ، ولكنْ عليه أنْ لا يزيدَ على مهر المثل ؛ كيلا يتضرَّرَ الزوجُ ، وكأنه نائب عنه نيابةً قَهْرِيةً .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « على ما تبين » .

(٣) كلمة : « أربعة » ليست في (ب) .

(٤) في (ب) : « مصادمًا » .

(٥) في (ب) : « ألغي » .

(٦) في (ب) : « أو مفروض » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « تغيير » .

الرابع : لو فرضَ الأجنبيُّ متبرعًا ، ففي صحته وجهان :

أحدهما : يجوزُ ، وعليه المفروضُ ؛ كما له التبرُّعُ بأداء الصَّداق عنه دون إذْنه [1] .

والثاني : لا يجوز [2] ؛ لأنّ هذا إظهارٌ لمراد [3] الطلب الذي يقتضيه العقدُ ، فلا يليق إلا بالعاقدين [4] .

* * *

(١) وهذا ما رجحه الغزالي في الوجيز (٢ / ٣٠) .

(٢) قوله : « يجوز » ليست في (ب) .

(٣) في (ب) بياض بمقدار كلمة « لمراد » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٢٤٨) ، والمنهاج مع المغني (٣ / ٢٣١)

الفصل الثالث
في تَعَرُّف مهر المثل

والحاجة تمسُّ إلى معرفةِ ذلك في المفوّضة إذا لم يتفقْ فرضٌ ، [1]وفي الوطء بالشبهة [1] ، وفي أَخْذِ المهورِ [2] بالشفعة ، وفي التوزيع عند جَمْعِ نسوةٍ [3] في عقد واحد [3] ، وفي مواضع .

والأصلُ العظيم [4] في مهر المثلِ : النَّسَبُ . ويُنظر إلى مهر الأخوات للأبِ ، والعمّاتِ للأب . ولا يُنظر إلى البنات والأمهات ؛ إذ يختلف ذلكَ بنسب الآباء . ويُعْتبر مع ذلك الكمالُ [5] والعفَّةُ ، وسلامة [6] الخلْقِ ، وسائرُ الخصال ، إذا كانت الرغبةُ تزيد بذلك وتَنْقص . فإن لم تكن نسيبةً ، [7] فمجرّد النظر [7] إلى هذه الخصال ، فإن هذا يجري مجرى معرفةِ القيم ، فينظر إلى الرغبات .

فروع

الأول : لو سمحتْ واحدةٌ من العشيرة ، لم يلزم الباقياتِ ذلك ، إلا إذا شاع التسامح فيهن ، فيدل ذلك على قلة الرغبات .

الثاني : لو كُنَّ ينكحنَ بألف مُؤَجَّلٍ ، فلا يمكن التأجيلُ في قيم المتلفات ، فالوجهُ : أن ينقص من الألف ما يقتضيه العدول إلى النقد .

الثالث : لو كُنَّ يُسامِحْنَ مَن يُواصلهنّ من العشيرة ، فيلزم ذلك في العشيرة لا في غيرهم . وقال الشيخ أبو محمد (رحمه الله) : لا يلزم ذلك ؛ لأن القيم [8] لا تختلف بالأشخاص .

الرابع : الوطءُ بالشبهة ، يُوجب المهرَ باعتبار يوم الوطء ، وكذلك في النكاح الفاسد ؛ لأنَّ

---

(١) في (أ) : « وفي الموطوءة بالشبهة » .
(٢) في (ب) : « الممهور » .
(٣) في (ب) : « في عقدة واحدة » .
(٤) في (ب) : « الأعظم » .
(٥) في (أ) ، (ب) : « الجمال » .
(٦) في (ب) : « سلاسة » .
(٧) في (ب) : « تجرُّدَ النظرُ » .
(٨) في (ب) : « القيمة » .

العقد باطلٌ ، فلا معنى لاعتباره . نعم ، إذا وطئها في العقد الواحد مرارًا ، لا يلزم [١] إلا مهرٌ واحدٌ ؛ لأن الشبهة شاملةٌ ، وكذلك لو ظنَّها منكوحةً [٢] ووطئها مرارًا .

ومهما تعددت الشبهةُ ، تعدَّد المهر .

ولو أَكْرَهَ الغاصبُ الجاريةَ على الوطء ، ووطئها مرارًا ، لزمه بكل وطءٍ مهرٌ ؛ إذ لا شبهة حتى يُعْتبر شمولُها .

والأبُ [٣] ، إذا وطىء جاريةَ الابن مرارًا ، ولم تَحْبَل ، فهل يُقَال : شبهةُ الإعفافِ شاملةٌ ، فيُكتفى بمهر واحد ؟ ففيه وجهان [٤] .

ثُمَّ إذا اكتفينا بمهر واحد ، فلو كانت هزيلةً في حال ، وسمينةً في حال ، اعتبرنا حالَ زيادة المهر واكتفيْنَا به [والله أعلم] [٥] .

* * *

---

(١) في (أ) : « لم يلزم » .

(٢) يعني لو ظنَّها زوجته . ولو قال : (منكوحته) لكان أوضح.

(٣) كلمة : « الأب » ساقطة من (ب) .

(٤) والأصحُّ أنه يُكتفى بمهر واحد . انظر : الروضة (٧ / ٢٨٨) . المنهاج مع المغني (٣ / ٢٣٣) . الغاية القصوى (٢ / ٧٥٧) .

(٥) زيادة من (أ) .

الباب الرابع
في حكم تَشَطُّرِ الصداق بالطلاق قبل المسيس

(وفيه خمسة فصول [1])

الفصل الأول
في محلِّه وحُكْمه

فنقول : ارتفاعُ النكاحِ قبل المسيس - لا بسبب من جهتها - يُوجبُ تَشَطُّرَ الصّداق الثابت بتسمية مقرونة بالعقد ، صحيح أو فاسد [2] ، أو يُفرض بعد العقد في صورة التفويض . ويستوي فيه الطلاقُ والفسخُ والانفساخ ، إلا إذا كان الفسخُ منها ، أو بعَيْبٍ فيها ، أو بسببٍ من جهتها . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يتشطّر إلا مُسَمًّى صحيح في نفس العقد ، فأما المفروض بعد العقد - الواجبُ في العقد بتسمية فاسدة - فلا يتشطر [3] . ثم المذهبُ الصحيحُ أن معنى التشطير : رجوعُ النِّصْف إلى الزَّوج بمجرد الطلاقِ من غير اختيارٍ . وفيه وجهٌ مشهورٌ : أن معناه : ثبوتُ خيار الرجوع في الشطر [4] بالطلاق ، مُضَاهِيًا لخيار الرجوع في الهبة . ومن أصحابنا من قال : يفتقر إلى قضاء القاضي . وهو ضعيفٌ جدًّا .

ويتفرَّع - على وجْه الخيار - أنَّ الزيادة الحادثةَ [5] بعدَ الطلاقِ وقبلَ الاختيار ، تُسَلَّم للزوجة ، وأنه لو طلَّقها على أنَّ لها / كمالَ المهر ، يكون ذلك كإسقاطِ الخيارِ ، ويُسلّم لها كمال ١٧٧/أ المهر . وعلى الوجه الآخر : لا يؤثر الشرطُ في إسقاط الشطر [6] . ويَحْتمِل تردُّدًا [7] في تصرف

---

(١) في (أ) : « وفيه خمس فصول » وهو خطأ . وفي (ب) : « وفيه فصول » .

(٢) قوله : « صحيح أو فاسد » يعود على الصداق لا على العقد ، وفي نسختَيْ (أ) ، (ب) « صحيحة أو فاسدة » وهي أوضح ؛ إذ تعود على التسمية . ويدل عليه أيضًا أن العقد الفاسد ، لا ينبني عليه شيء ما لم يكن دخولٌ ، أو خلوة كما قالت بذلك الحنابلة . انظر : الهداية (١ / ٢٢٨) وما بعدها . المقنع ص (٢٢٢) .

(٣) انظر بدائع الصنائع (٢ / ٢٩٦) .

(٤) في (ب) : « التشطر » .

(٥) في الأصل : « أن زيادة الحادثة » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « التشطر » .

(٧) في (ب) : « ويُحْتمل تردد » .

المرأة بين الطلاق والاختيارِ ، وفي أنه لو أسقط الزوجُ خياره ، هل يسقط ؛ لتردد هذا الخيار بين خيار الواهب ، وبين خيار البيع ؟ ، وتشبيهُه بخيارِ الواهبِ أولى .

فرع : لو تلف الصداقُ قبلَ الطلاق [١] ، يرجع الزوجُ بنصفِ القيمة . ولو تلف بعد الإقلاب [٢] إلى الزوج بآفةٍ سماوية ؟ .

قال المراوزةُ : لا ضمانَ عليها ، وهو كما لو تلف الموهوبُ في يد المتَّهِب بعدَ رجوعِ الواهب .

وقال العراقيون : هو مضمونٌ عليها ؛ لأنه عوض [عن] [٣] البضعِ الذي رجع [٤] إليها بالطلاق ، فصار كالمبيع إذا تلف بعدَ الفسخ .

والمراوزةُ يقولون : [إن] [٥] الطلاق كالإعتاقِ ، وهو تصرفٌ معناهُ : تقريرُ النكاح ، وقَطْعُ موجبِه ؛ فليس يعود الشطر [٦] لِعَوْدِ البُضْع بخلاف البيع [٧] . ومساقُ الطريقين يقتضي أن يكون الصداق مضمونًا في يدها لو تلف بعدَ الفسخ بالعيب . وكلُّ فسخٍ يستندُ إلى أصل العقد – والانفساخُ بردّته – بالطلاق أَشْبَهُ ؛ إذ لو كان رجوعُ المهر بطريق تَرَادِّ العِوَضَيْنْ ، لرجعَ جميعُ الصداق إليه لا شَطْرُه . ولو انفسخَ بردّتها – أو بسبب آخرَ – لا يسند [٨] إلى العقد ولا يتشطَّر [٩] ، وهو في محل الاحتمال والتردّد ، [والله تعالى أعلمُ] [١٠] .

* * *

(١) في (أ) : « القبض » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « الانقلاب » .
(٣) زيادة من (ب) .
(٤) في (ب) : « يرجع » .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (ب) : « التشطر » .
(٧) في (ب) : « المبيع » .
(٨) في (أ) ، (ب) : « لا يستند » .
(٩) في (أ) : « ولا يشطر » .
(١٠) زيادة من (ب) .

الفصل الثاني

في تغييرات [1] الصداق التي توجب ردَّ الحق إلى القيمة أو الخيار

والتغيرُ : إمَّا أن يكونَ بنقصان محضٍ ، أو بزيادة [2] محضةٍ ، أو نقصان من وجهٍ [و] [3] زيادةٍ من وجه :

أما النقصانُ المحضُ : فكالتعَيُّبِ الحاصل في يدها قبلَ الطلاق [4] ، فذلك يُوجِبُ الخيار بعد الطلاق ؛ فللزوجِ أن يطالِبَ بنصف قيمة السّليم . فإن رجع إلى عين الصَّداق ، فعليه أن يقنعَ بالمعيب ، بخلاف ما لو اشترى عبدًا بثوبٍ ، فردّ العبدَ بالعيب – والثوبُ معيبٌ – فإنه يطالب بالأَرْش ويأخذُ الثوبَ . وهذا الفرقُ يُمْكن على طريق المراوزة ؛ حيث لم يجعلوا الصداقَ مضمونًا في يدها . ولكن مع ذلك يُشْكِل ؛ فإنه لو تلف قبل الطلاق ضمنت القيمة ؛ فمن هذا خَرَّجَ بعضُ الأصحابِ وجهًا أنه يطالِب بأَرْش العيب ، ويأخذ العينَ إن شاء .

هذا إذا تعيَّبَ في يدها ، فإن تَعَيَّب في يد الزوج ، فعليه أن يقنع بالمعيب ؛ لأنه تلف من ضمانه ، إلا إذا كان بجنايةِ أجنبيٍّ وأخذت الأرش ، فإن له أن يستردَّ نصفَ الأرش ؛ لأنه خلف عن الفائت . وقال القاضي حسين : لا يرجع بالأرش ؛ لأنه كزيادةٍ منفصلةٍ في حقِّ المرأة ، والفواتُ كان من ضمان الزوج ، فلا يعتبر في حقّه ؛ لإقامةِ [5] الأرشِ مقامَه .

أما الزيادة المحضة : فالمنفصلةُ منها ، كالولد واللبن [6] والثمرِ ، فَتُسَلّم لها ، ولا حقَّ للزوجِ فيها .

والمتصلةُ ، تُبْطِلُ حقَّ الرجوع بالعين إلا برضاها . فإنْ منعت ، غرمت قيمة النصف قبل ظهورِ

---

(١) في (ب) : « تغيرات » .

(٢) في (ب) : « أو زيادة » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) أي العيب الحادث في الصداق ، كأن يكون أصدقها سيارة ، فتلف محركها مثلًا ، أو غير ذلك مما يُقَلِّل من قيمة الصداق .

(٥) في (أ) : « بإقامة » .

(٦) كلمة « اللبن » ساقطة من (ب) .

الزيادة . وإن سمحت ، أُجبر الزوجُ على القَبول ، ولم يكن له [(١)] الامتناعُ ، حذرًا من المِنَّة ؛ لأنه في حكم البائع . والمشْكِلُ : أنَّ الزيادةَ المتصلةَ لا تمنعُ الرجوعَ في الردِّ بالعيب ، وكذلك ينبغي أن يكون في فسخ النكاح بالعيب ، ولعل السببَ فيه : أنَّ الفسخَ يرفع العقدَ من أصله بالإضافة إلى حينه [(٢)] ، فلا يبقى حقٌّ في الزيادة . وأما هاهنا ، فالزيادةُ حصلتْ على ملكها ، والطلاقُ سببٌ مستأنف ، لا استناد له إلى العقد ، فإبطالُ حقِّها من الزيادة غيرُ ممكن . [(٣]) وعند هذا [٣)] ، ينبغي أن تلحقَ ردَّتُه بالطلاق ، وفي الانفساخ بردتها تردَّدَ العراقيون ؛ لأنه غيرُ مستند إلى سبب في العقد .

أما إذا [(٤)] **زاد من وجه ، ونَقَصَ من وجه** : فلكلٍّ واحدٍ منهما الخيارُ . فإن أبى الزوجُ قبولَ العينِ ، فله نصفُ القيمة . [(٥]) وإن أَبَت المرأةُ التسليمَ ، كان على الزوج قبولُ نصف القيمة [٥)] . ومثالُه : أنْ يكونَ الصداقُ عبدًا صغيرًا ، فكبِرَ وترعرعَ ، فالزيادةُ [(٦]) لِقُوَّته وكبره [٦)] والنقصانُ لزوال طراوته ، وكذا النخل إذا أرقلتْ وبسقتْ [(٧)] ، [(٨]) لكنْ قَلَّ ثمرُها [٨)] ، فهي زيادةٌ في الجرم ونقصانٌ في الفائدة . ولسنا نشترطُ في هذه الزيادة ما يزيد في القيمة ، بل ما يرتبط به غرضٌ صحيحٌ ؛ فإن العبد الكبير - وإن لم تَزِدْ قيمتُه - فإنه يصلحُ لأغراض لا يصلح لها الصغير .

وَلْتَعْلَمْ أنَّ الثمارَ في الأشجار ، زيادةٌ محضة . والحملَ في الجارية ، زيادةٌ من وجه [و] [(٩)] نقصانٌ من وجه . وفي البهائم زيادةٌ من وجه ، وهل فيه نقصانٌ ؟ تردّدوا فيه ، والظاهر : أنه إن كان مأكولًا كان نقصانًا ؛ لأنه يظهر أثره في اللحم / لاسيما إذا تكرّر . والزرعُ في الأرض نقصانٌ محضٌ ؛ إذ يبقى الزرعُ لها ، وتكون الأرضُ ناقصةَ القوة . والحراثةُ في المزارع زيادةٌ ١٧٧/ب

---

(١) كلمة : « له » ساقطة من (ب) .

(٢) في الأصل : « حقه » وهو خطأ ، والصواب ما في (أ) ، (ب) . انظر الروضة (٧ / ٢٩٣) .

(٣) في (ب) : « وعلى هذا » .

(٤) كلمة : « إذا » ساقطة من (أ) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٦) في (ب) : « لكبره وقوته » .

(٧) أرقلت وبسقت أي : طالت . انظر القاموس المحيط ص (١٣٠٢) و (١١٢١) .

(٨) في (أ) : « لكن قلت ثمرتها » .

(٩) زيادة من (ب) .

محضةٌ ، وفي مواضع البناء نقصانٌ محضٌ ، والغرسُ (١) في معنى الزرع .

هذه قاعدة الفصل ، ويتهذَّب مقصودُه برسم مسائل :

[المسألة] الأولى : لو أصدقها نخيلًا (٢) ، فأثمرتْ في يدها ، وطلَّقها قبل الجذاذ ، فَيَعْسُرُ في هذه الصورة التشطيرُ ؛ إذ تبقى الثمارُ خالصةً لها ، وتصير الأشجارُ مشترِكةً . وإن ترك السَّقْيَ ، (٣ تضرَّرَ الثمرُ ٣) والشجرُ ؛ لامتصاصِ (٤) الثمرةِ رطوبةَ الشجرة . وإن سقى ، انتفعَ الثمرُ والشجرُ - وليس الكلُّ مشترِكًا حتى يشتركا في السَّقْيِ - فلا يمكن فَصْلُ هذه الواقعة (٥ إلا بمسامحةِ أحد الجانبين ٥) أو موافقةٍ ؛ فإنه لو أراد أن يأخذَ نصفَ الأشجار ، ويكلِّفَها قطعَ الثمار في الحال ، لم يلزمها ؛ لأنها تستحقُّ إبقاءَ الثمرة إلى الجذاذ . وكذلك لو كلَّفها هبةَ شَطْر الثمار منه ليكون الكلُّ مشترِكا . وكذلك لا يمكنه أن يكلِّفها السَّقْيَ ؛ إذ ليسَ عليها أن تنفع نصيبَه من الشجر ، ولا تَرْكَ السَّقْيِ ؛ إذ يضرُّ (٦) ثمرتها ، وكذلك ليس لها أن تكلِّفه تأخيرَ الملك إلى أوان الجُذَاذ ، ولا أن يَسْقِيَ ، ولا أن يتركَ السَّقْيَ ؛ لما ذكرناه .

أما المسامحة فلها صورٌ :

إحداها : أن يقول الزوجُ : أَرْجِعُ إلى نصف الشجر (٧) ولا أسْقي ، وإليكِ الخِيَرَةُ : إن (٨) شئتِ فاسقي ، وإن شئتِ فاتْرُكي السَّقْيَ . فلا تلزمُها الإجابةُ ؛ لأنها تتضرَّر بترك السّقي ، وتنفعُ شجره بالسّقي ، وكذلك مسامحتُها على هذا الوجه (٩ لا تقتضي لزوم الإجابة ٩) .

الثانية : أن يقول الزوجُ : آخُذُ نصْفَ الشجر (١٠) وأسقي بنفسي ، أو قالت المرأةُ : أَرْجِعُ إلى النصف ، وأنا ألتزمُ (١١) السَّقْيَ ، ففي وجوب الإسعاف وجهان :

---

(١) في (أ) : « الغراس » .
(٢) في (ب) : « نخلًا » .
(٣) في (أ) : « تضررت الثمار » .
(٤) في (أ) : « بامتصاص » .
(٥) في (أ) : « إلابمسامحة من أحد الجانبين » ، وفي (ب) : « إلا بالمسامحة من أحد الجانبين » .
(٦) في (ب) : « تتضرر » .
(٧) في (أ) ، (ب) : « الشجرة » .
(٨) في (أ) : « فإن » .
(٩) في (ب) : « لا تقتضي للزوج الإجابة » .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « الشجرة » .
(١١) في (ب) : «التزمتُ » .

أحدهما : نعم ؛ لأنه اندفع العُسْرُ بالمسامحة والالتزام .

والثاني : لا ؛ لأنّه وَعْدٌ لا يَلزمُ الوفاءُ به ؛ ولأن المرأةَ ربما خافتْ على ثمارها بدخولِهِ البستانَ ، أو خاف على الشجر بدخولها [(١)] .

فإن قلنا : يُجَاب ، فلو رجع ، وترك السَّقي ، نتبينّ [(٢)] أن الملك لم ينقلب إليه في النصف ؛ لأنه كان موقوفًا على الوفاء بالوعد . وإن قلنا : لا يُجَاب ، فتُسَلِّم القيمة . ثم [إن] [(٣)] وَفَّى بالوعد ، ففي ردِّ القيمة والرجوعِ إلى العين تردُّدٌ . والظاهر أنه لا يردّ ؛ إذ يبعد مَنْعُ [(٤)] الحكم بعد إثباته .

الثَّالِثة : أن تُبادر إلى قطع ثمارِها ، وذلك يقطع العسرَ . فإن وهبتْ نصفَ الثمار [(٥)] منه حتى يصير الكلُّ مشترِكًا ، ففي وجوب الإجابة وجْهان ، وجهُ المنع : ما فيه من المِنَّة . ووجْهُ الإيجابِ : الضرورةُ . وهذه الضرورةُ لا تجري في الأرض المزروعة ؛ إذ الأرض لا تنتفع بالسَّقْيِ ، فإذا [(٦)] رجع في نصف الأرض ، كان عليها السَّقْيُ لِخَآصِّ زرْعِها .

ويجري هذا العُسرُ فيما لو أصدقها جاريةً ، فولدتْ ، فطلَّقها ، والولدُ رضيعٌ ؛ لأنه لو رجع إلى نصف الجارية تضرَّر الولدُ بقطْع الرضاع . فإن قال : رضيتُ بأن تَبْقَى مرضعةً إلى الفطام ، فهذا وجه المسامحة [(٧)] ، ففي وجوب الإجابة وجهان [(٨)] .

وأما الموافقة فلها صورتان :

إحداهما : أن يلتزم [(٩)] أحدُهما السّقيَ برضا صاحبه ، فهذا تواعدٌ منهما . فإن وَفَّيا فذاك ، وإلا تبينَّ أن الملك لم يحصل في الشطر .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٢٩٨) .

(٢) في (ب) : « تبين » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) كلمة «منع » غير واضحة في الأصل ، وواضحة في نسخة (ب) ، وفي (أ) : « إذ يبعد ردّ » .

(٥) في (أ) : « الصداق » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) كلمة : « المسامحة » ساقطة من (أ) .

(٨) في (ب) : « الوجهان » .

(٩) في (ب) : « أن يلزم » .

الثانية : أن يتراضَيا [١] على أن يأخذ الزوجُ نصف النخل [٢] ، ولا يلتزم [٣] واحدٌ منهما سقْيًا ، بل يُترك [٤] السّقْي ، أو يَسْقي من شاء متبرعًا . فلو ندم أحدُهما ، وقال : « أُريد السقيَ » لم يُمَكَّنْ منه ، بخلاف ما إذا التزم السقيَ ، ثم ندم ؛ لأن هذا إسقاطُ حقٍّ والتزامُ ضرارٍ [٥] ، فيلزم . وأما [٦] التزامُ السقيِ ، فوعدٌ لا يلزم قبل التسليم .

[المسألة] **الثانية** : إذا أصدقها جاريةً حاملًا ، فولدتْ ، ثم طلّقها ، فيرجع إلى نصفِ الولد إن قلنا : إنه يقابل بقسطٍ من الثمن . وقيل : لا يرجع ؛ لأن أكثر القيمة حصل بالانفصال في ملكها [وهذه الزيادة حصلت في يدها ، وهي لها] [٧] ولا يمكن تمييزُ قيمة الجنين عن المنفصل ؛ إذ لا قيمة للجنين . وإن قلنا : لا يقابله قسطٌ من الثمن فنسلم الولد لها .

[المسألة] **الثالثة** : لو أصدقها حُليًا [٨] وكسرتْه ، وأعادته [٨] صنعةً أخرى ، فهو زيادةٌ من وجه ، ونقصانٌ من وجه ؛ فلها الخيارُ . [٩] فإنْ أعادتْ تلك الصنعةَ بعينها فهل [٩] لها [١٠] الامتناعُ من تسليم النصف ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كما إذا كانت سمينةً فهُزِلَتْ ، ثم عادت سمينةً .

والثاني : لها المنعُ - وهو اختيارُ ابن الحداد - ؛ لأنها زيادةٌ حدثت باختيارها [١١] .

التفريع : إن قلنا : يرجع بنصف القيمة ، فالصحيح : أنه يرجع بنصف القيمة مع الصنعة .

---

(١) في الأصل : « أن تراضيا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « النخيل » .

(٣) في (أ) : « ولا يلزم » .

(٤) في (ب) : « بل يتركا » .

(٥) في (أ) : « ضرر » .

(٦) قوله : « والتزام ضرار ، فيلزم . وأما » ساقط من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (ب) : « فكُسِرتْ وأُعِيدتْ » .

(٩) في (ب) : « فإن أعيدت بتلك الصنعة ، فهل » .

(١٠) في نسخة أخرى : « له » .

(١١) وهذا الوجه هو أصحهما كما في الروضة ؛ إذ يُعْتبر رضاها ، وحينئذ يرجع بنصف قيمة الحليّ بهيأته التي كانت . الروضة (٧ / ٣٠٢) .

وقيل : إنه يرجع إلى مثل نصف تِبْرٍ [1] من الحُلِيّ ، وزنًا بوزن ، ثم / تغرم المرأةُ نصفَ أجرة الصنعة ١٧٨/أ من نَقْد البلد .

[المسألة] الرابعة : لو أَصْدق الذميُّ زوجتَه خمرًا ، فقبضتْ ، ثم أسلما ، فانقلب [2] خَلًّا ، فطلقها ، ففيه وجهان :

أحدهما : [وهو] [3] قول - ابن الحداد - أنه يرجع بنصف الخلّ [4] .

والثاني : أنه لا يرجع ؛ لأن هذا ماليةٌ جديدةٌ ، وماليةُ الخمرِ قبلَها لا تُعتبر في الإسلام ، فكيف يرجع فيها ، وهو لا يرجع في زيادة منفصلة [5] ؟! .

التفريع : إن قلنا : يرجع ، فلو أتلفت الخل ، ثم طلقها ؟ قال الخِضْرِي [6] : يرجع بمثل بنصفِ الخلِّ ؛ لأنه من ذوات الأمثال [7] .

وقال ابنُ الحداد : لا يرجع بشيء ؛ لأنه في التلف يُنْظر إلى [قيمة] [8] يوم الإصداقِ أو القبضِ ، ولم يكن خلًّا ذلك اليومَ حتى يجبَ مثْله ، ولا هو موجودٌ في الحال حتى يردَّ عَيْنه .

ولو أصدقها جلدَ ميتة ، فدبغتْه [9] ، فَمَنْعُ الرجوعِ هاهنا أوْلى ؛ إذ حصلت الماليةُ باختيارِها . فإن قلنا : يرجع ، فقولُ ابنِ الحداد - في أنه لا يرجع عند التلف هاهنا - أظهرُ ؛ لأنه لا مثلَ له ، فتتعينُ قيمتُه يوم القبض ، ولا قيمة له إذ ذاك .

[المسألة] الخامسة : لو أصدقها دَيْنًا ، ثم سلَّم ، فطلّق ، فليس لها مَنْعُه منْ عَيْنْ ما سلم وإن لم

---

(١) التبر : ما كان من الذهب غير مضروب ، فإن ضُرب فهو دنانير ، وقال ابن فارس : التبر ، ما كان من الذهب والفضة غير مصوغ . انظر : المصباح المنير (١ / ١١٤) مادة (ت ب ر) .

(٢) في (أ) : « فانقلبتْ » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٣٠٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « متصلة » .

(٦) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٧) وهو الأصح كما في الروضة (٧ / ٣٠٣) .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « فدبغه » وهو خطأ .

يكن متعينًا في العقد ؛ لأنه أقربُ إلى حقّه لا محالة . وقيل : إن لها الإبدالَ ؛ فإن العقدَ لم يرد عليه بعينه .

[المسألة] السادسة : لو أصدقها [١] تعليمَ القرآنِ ، فلم يتفق [٢] حتى طلّقها ، فقد عَسُرَ التعليمُ ، وبَقِيَ في ذمته الشَّطْرُ ، وتعسَّر تعيينُ شطْر القرآن ؛ إذ سورُه تختلف في العُسْر واليُسْر – وكذلك خياطةُ نصفِ الثّوب تَعْسُر إذا أصدقها الخياطةَ – فلها نصفُ مهرِ المثل على قول ضمان العقد [٣] ، [٤] وعلى القول الثاني [٤] : نصفُ أُجرةِ الخياطةِ أو التعليم .

* * *

قاعدتان ينعطف حكمهما على المسائل

الأولى : أنا حيث أثبتنا الخيار من الجانبين ، فلا نحكم بالملك قبل الاختيار – وإنْ فرعنا على الأصح في أنّ الصداق يتشطّر بنفس الطلاق – ولكن ننتظر ما يجري من اختيار أو توافق . ولا يكون هذا الخيار على الفور ، بل هو كخيار الرجوع في الهبة ، وإذا ثبت لها الخيارُ لم يسقط بالتأخير ، بل للزوجِ المطالبةُ بحقّه : إمّا القيمة ، وإمّا العين . فإن أَبَتْ حبس القاضي عينَ الصداق عنهما ، وامتنعَ تصرفُها كما في الرهن .

وإذا ثبت [٥] الخيارُ لها [٥] في صورة الزيادة المتصلة ، وأَصَرَّتْ على المنع ، باع القاضي من نصف [٦] الصداق ما بَقِيَ بنصفِ القيمة دون تقدير الزيادة . فإن كان لا يشتري النصف بأكثر من نصف القيمة ، فلا فائدةَ في البيع ، فالصحيح أنه يُسَلّم إليه ، ولكنْ لا يملكه ما لم يَقْضِ له القاضي به ؛ لأنه يُدْرَك بالاجتهاد . وفي نصِّ الشافعيِّ (رضي الله عنه) على هذا ، غلط مَنْ غلط ، حيث اعتبر القضاء في أصل التشطير .

---

(١) في (أ) : « إذا أصدقها » .

(٢) في (ب) : « فلم تتقِنْه » والمعنى متقارب .

(٣) وهو ما رجحه المزني في مختصره ص (١٧٩) . والنووي في الروضة (٧/ ٣٠٦) . والبيضاوي في الغاية (٢/ ٧٦١) .

(٤) في (أ) : « وعلى الثاني » .

(٥) في (أ) : « لها الخيار » .

(٦) كلمة : « نصف » ساقطة من (ب) .

والثانية : [١] إذا مَسَّتِ الحاجةُ إلى القيمة [١] ، فأيُّ [٢] قيمة تُعْتبر ؟ .

يُنْظر [٣] : إن تلف في يدها بعد الطلاق و قلنا : إنه مضمون عليها ، فيعتبر يوم التلف . أما إذا تلف من قبل ، [٤] أو امتنع الردُّ إليه لِعَيْبٍ [٤] أو زيادةٍ : فالواجبُ عليها أقلُّ قيمة من يوم الإصداق إلى الإقباض ؛ لأنه إن نقص قبل الإقباض ، فهو من ضمان الزوج ، فلا يُحْسَب عليها [٥] ، وإن [٦] كان يحتمل أن يُقال : إن [٧] كان المانعُ هو [٨] الزيادة – والعينُ قائمةٌ – تُعْتبر [٩] حالةُ التقويم ، لكن قُدرت الزيادةُ كالمفوِّت للرجوع .

* * *

(١) في (أ) : « إذا ثبتت الحاجة إلى القيمة » ، وفي (ب) : « إن الحاجة إذا مست إلى القيمة » .

(٢) في (ب) : « فأية » .

(٣) (ب) : « نُظِر » .

(٤) في (ب) : « أو امتنع الرد بعيب » .

(٥) في (ب) : « فلا يجب عليها » .

(٦) ساقطة من (ب) .

(٧) في (أ) : « إذا » .

(٨) في (ب) : « هي » .

(٩) في الأصل : « بغير » .

الفصل الثالث

في التصرفات المانعة من الرجوع

وفيه مسائل :

إحداها[1]: إذا زال ملكها بجهة لازمة - من بيع، أو هبة، أو عتق - امتنع الرجوع وتقرر القيمة[2].

وإن تعلَّق به حقٌّ لازمٌ من غير زوالِ ملكٍ ، كرهْنٍ أو إجارةٍ : فليس له الفسخُ ، وله طلبُ القيمة في الحال . فإن قال : أنتظر الفكاكَ للرجوع ، فلها إجبارُه على قبول القيمةِ خيفةً من غرر الضمان إن قلنا : إن الصداق بعدَ الطلاق مضمونٌ في يدها .

وإن قلنا : لا ضمانَ ، أو[3] أبرأها من[4] الضمان - حيث نُصححُ الإبراءَ عن ضمانٍ ما لم يجبْ - فهل تلزمُها الإجابةُ ؟ فيه وجهان ، ومنشؤهما : أن هذا وَعْدٌ ، وربما يبدو له المطالبةُ بالقيمة ، وتخلو يَدُها في ذلك الوقت عن النقد . وإن قلنا : لا يلزمها الإجابةُ ، فلو لم تتفق المطالبةُ حتى انفكَّ ، فهل له [الآن][5] التعلّقُ بالعين ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه لا مانع .

والثاني : لا ؛ إذ المانعُ نَقَل حقَّه إلى القيمة ، فلا يُنْقَض بعده .

الثانية : لو أصدقها عبدًا ، فَدَبَّرَتْه[6] ، ثم طلقها ، نقل المزنيُّ أنه تتعين القيمةُ[7] . فاختلف

---

(١) في (ب) : « الأولى » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وتعينت القيمة » .

(٣) في الأصل : « و » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) الدُّبْر والدُّبُر : الظَّهر . وأما « التدبير » فهو يعني اصطلاحًا : « عتق العبد عن دبر سيده » أي : بعد موته . أو هو « تعليق عتق العبد بموت سيده » ويطلق على السيد « مُدَبِّر » ، وعلى العبد « مُدَبَّر » . انظر : مختار الصحاح ص (١٩٧) . تصحيح التنبيه ص (٩٧) . المصباح المنير (١ / ٢٨٩) . مادة (د ب ر) . أنيس الفقهاء ص (١٦٩) . كشاف اصطلاحات الفنون (٢ / ٢٥٤) .

(٧) انظر ما نقله في مختصره ص (١٨١) . وما نقله المزني هو المذهب كما في الروضة (٧ / ٣١١) .

الأصحابُ على ثلاث [1] طرق :

منهم من قطع بأنه غلط ؛ لأن التدبير لا يمنع إزالةَ الملك اختيارًا ، فكيف يمنع الرجوعَ قهرًا ؟! .[2] ومنهم من قرَّرَ النصَّ ، وقال : التدبيرُ قربةٌ مقصودة ، فلا يتقاعد عن زيادة متصلة مقصودة لا تُؤَثر في زيادة القيمة ، فإنها تمنع الرجوعَ قَهْرًا [2] . ومنهم من قال : المسألةُ على قولين يَنْبنيان على أن التدبيرَ وصيةٌ / أو تعليقٌ ؟. ١٧٨/ب

فإن قلنا : تعليقٌ ، فيمتنعُ الرجوعُ ؛ لأنّ إبطالَ التعليق بالتصريح به ممتنعٌ ، وهذا البناءُ ضعيفٌ ؛ فإنّ التعليقَ لا يمنعُ البيعَ ، فكيف يمنعُ التشطيرَ ؟! [3] .

ثم اختلف المقرِّرون للنصّ في أن صريح تعليقِ العتِق ، هل يكون كالتدبير ؟ وأن الوصية بالعتق للعبد ، هل تكونُ كالتدبير ؟ وأن التدبير ، هل يمنع الرجوعَ في الهبة ورجوعَ البائع في العوض المُسْتَرَدّ عند رَدِّ المعَوَّض بالعيب ؟ والأظهر : أنه لا يمنع .

- **الثالثة** : إذا أصدقَها صَيْدًا - والزوجُ مُحْرِمٌ عند الطلاق - فإن قلنا : إنه يحتاج إلى الاختيار [4] ، فهو كشراءِ المحرِمِ الصيدَ ، وفيه خلافٌ . وإن قلنا : يَنْقلبُ إليه [5] ، فهاهنا وجهان [6] :

أحدهما : أنه ينقلب إليه ؛ لأنه مِلْكٌ قهريٌّ [فهو] [7] كالإرث [8] .

---

(١) في (ب) : « ثلاثة » وهو أيضًا صحيح ؛ لأن لفظ « الطريق » يُذَكر على لغة « نجد » ، ويُؤَنَّث على لغة « الحجاز » ، وبالتذكير ورد القرآن الكريم . انظر المصباح المنير (٢ / ٥٦٧) مادة (ط ر ق) .

(٢) ما بين الرقمين غير واضح في الأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « التَشَطُّر » .

(٤) في الروضة : ليس له الاختيار ما دام محرمًا . الروضة (٧ / ٣١٣) .

(٥) يعني : ينقلب إليه بنفس الطلاق .

(٦) يعني في عود النصف إليه وهو في الإحرام .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) رجح الغزاليُّ هذا الوجه في الوجيز (٢ / ٣٣) ، وانظرأيضًا روضة الطالبين (٧ / ٣١٣) .

والثاني : أنه كالشراءِ ؛ لأنَّ الطلاق إلى اختياره .

فإن قلنا : لا ينقلب ، فيرجع إلى نصف القيمة وإن كان المانعُ من جهته . وإن قلنا : ينقلب ، فكيف يجب إرسالُ نصف الصّيد ، أو كيف [1] يُمْسك ونِصْفُهُ لمحرِم ؟ وفيه خلافٌ يُبنى [2] على أن المقدَّم عند التزاحم : حقُّ الله تعالى ، أو حقُّ الآدميِّ ، أم [3] يتساويان ؟ فإن قَدّمنا حقَّ الله وَجبَ على الزوج الإرسالُ ، وغرم قيمةَ نصيبِها . وإن قلنا : حقّ الآدمي ، بَقِيَ مِلْكًا للمحرم للضرورة . وإن قلنا : يتساويان ، [4 فإليهما الخيرة ، 4] فإن أرسله [5] الرجلُ برضاها غرم لها ، وإلّا بَقِيَ مشتركا .

الرابعة : إذا زال ملكها بِعْيبٍ – أو هِبَةٍ لازمة – ثم عاد ، فهل يمتنع الرجوعُ ؟ فيه قولان ، مأخذُهما : أن الزائل العائد ، كالذي لم يَزُلْ [أو كالذي لم يَعُدْ] [6] ؟ . وإن كان الطارىءهو الرهن والإجارة [7] ، فإذا زال لم يمتنع الرجوع .

وترددوا في الكتابة والتدبير ، والصحيح : أنهما بعد الانقطاع لا يمنعانِ الرجوعَ عند الطلاق .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وكيف » .

(٢) في (أ) : « ينبني » ، وفي (ب) : « مبني » .

(٣) في (أ) : « أو » .

(٤) في (ب) : « فإليهم الخيرة » وفي (أ) : « فإليهم الخيار » .

(٥)في (ب) : « أرسلها » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « أو الإجارة » .

الفَصْلُ الرّابعُ

فيما لو وهبتْ الصداقَ من زوجها ، ثُمَّ طلَّقها

ونُقدم عليه مُقدّمتين :

إحداهما : أن الله تعالى قال : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ (١) .

أمَّا عَفْوُهنَّ ، فمعلومٌ أنّه يُوجب سقوطَ حقِّهنّ عن النصف الباقي ، إذا كان الصداق في الذّمّة .

أَمَّا الذي بيده عقدةُ النكاح ، فقد اختلفوا فيه (٢) :

فمذهبُ ابن عباس – وهو القول القديم – أن المراد به الوليُّ دون الزوج (٣) ؛ لأنه ذَكَر الأزواجَ

---

(١) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

(٢) وسبب الخلاف ، هو الإشكال في المراد بـ « من الذي بيده عقدة النكاح ؟ » . فذهب الشافعي في قوله الجديد ، وأبو حنيفة وأحمد – في ظاهر الرواية – إلى أن المراد به هو « الزوج » ، وذهب مالك (رحمه الله) إلى أن المراد بذلك هو « الولي » .

ومعنى الآية على القول الأول : أن المرأة إذا فَرَضَ لها مهرًا ، ثم طلق قبل الدخول ، وجب لها نصف المهر ، إلا أن تعفو عن حقها ، وتترك ذلك النصف للزوج ، فلا تأخذ منه شيئًا ، أو يعفو الزوجُ عن حقه – وهو النصف – فيكون المهر كلُّه للمرأة . ومعني الآية على القول الثاني : أن المرأة إذا فُرِض لها مهر ، وطلقت قبل الدخول ، وجب لها نصف المهر ، إلا إذا عفت عن ذلك النصف – إن كانت أهلًا للتصرف ، بأن لم تكن صغيرة أو محجورًا عليها – أو يسقطه وليها إن لم تكن أهلًا للتصرف . وقد احتج كل من الفريقين لما ذهب إليه وعوّل عليه . انظر ذلك في : أحكام القرآن للجصاص (١/٦٠٠) أحكام القرآن لابن العربي المالكي (١ / ٢٩٣ ، ٢٩٦) . بداية المجتهد لابن رشد (٢ / ٢٩) المغني لابن قدامة (٦ / ٧٢٩) . تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (١ / ٢٦٣ – ٢٧٣) .

(٣) رُوِيَ عن ابن عباس (رضي الله عنهما) كلا القولين – الزوج والولي – فروى ابنُ أبي شيبة في مصنفه (٣ / ٥٤٥) . بإسناده عن ابن عباس قال : « الذي بيده عقدة النكاح : الزوجُ » . وكذلك روى عنه البيهقي في سننه الكبرى (٧/٢٥١) . وقد روى عنه عبد الرزاق في مصنفه (٦/٢٨٣) والبيهقي في سننه الكبرى (٧/٢٥٢) في قوله =

بصيغة المخاطبة ، فقال : ﴿ .... فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ... ﴾ . وهذا بصيغة المغايبة [1] ؛ ولأنه عطف على عفوها ، [2] فليحمل على من [2] يوجب [عَفْوُه] [3] سلامةَ الصداق له .

ومذهب عليٍّ [4] وابن جريج [5] وابن المسَيِّب [6] (رضي الله عنهم) أن المراد به الزوج – وهو الجديد [7] – ؛ لأنه ذكر عَفْوَها الموجِبَ [8] لخلوصِ الجميع له . ثم ذكر عَفْوَه الموجِبَ لِخلوص الجميعِ لها . وهذا يؤيّد قولَ الحاجة إلى الاختيار ، ولأنه قال : ﴿ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ ﴾ [9] .

= تعالى : ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ هو أبو الجارية البكر ، جعل الله العفو إليه ، ليس لها معه أمر إذا طلقت ، ما كانت في حجره » .

(١) في (أ) ، (ب) : « بصيغة الغائب » يعني قوله تعالى : ﴿ أو يعفو الذي ... ﴾ .

(٢) في (أ) : « فيحمل على ما » . (٣) زيادة من (ب) .

(٤) مذهب علي (رضي الله عنه) رواه عنه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣ / ٥٤٥) بإسناده إليه أنه الزوج . ورواه عنه أيضًا البيهقي في سننه الكبرى (٧ / ٢٥١) .

(٥) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جُرَيج ، من فقهاء أهل مكة وقُرَّائهم ممن جمع وصنف وحفظ ، وهو أحد الأئمة الأعلام ، وأول من صنف في الإسلام ، وأصله « رومى » .

انظر ترجمته في : مشاهير علماء الأمصار لابن حبان ص (١٤٥) . تذكرة الحفاظ للحافظ الذهبي (١ / ١٦٩) . تهذيب التهذيب لابن حجر (٦/ ٤٠٨) . المغني في ضبط أسماء الرجال ص (٥٩) . وأما ما حكاه عنه الإمام الغزالي ، فلم أجده منسوبًا إليه ، بل هو ضمن رجال إسناد ابن عباس الذي فيه أن المراد به « الولي » . انظر المصنف لعبد الرزاق (٦/ ٢٨٣) . والمصنف لابن أبي شيبة (٣/ ٥٤٦) .

(٦) هو سعيد بن المسيب بن حزن ، كان مولده لسنتين مضتا من خلافة عمر الفاروق (رضي الله عنه) . وكان من سادات التابعين ، فقهًا وورعًا ، وعبادة وزهدًا ، وعلمًا وعملًا ، وهو أحد الفقهاء السبعة بالمدينة . توفى (رحمه الله) سنة (٩٣) هـ . انظر ترجمته في مشاهير علماء الأمصار ص (٦٣) . سير أعلام النبلاء (٤/ ٢١٧) . تذكرة الحفاظ (١/ ٥٤) .

أما مذهبه فقد رواه عنه عبد الرزاق في مصنفه (٦/ ٩٢٤٨) . وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٥٤٤) . والبيهقي في سننه الكبرى (٧ / ٢٥١) .

(٧) انظر الأم (٥ / ٧٤) . (٨) كلمة : « الموجب » ساقطة من (أ) .

(٩) من الآية (٢٣٧) من سورة (البقرة) .

وعفوُ الوليِّ ، لا يُوصَف بذلك .

التفريع : إن مَنَعْنا عَفْوَ الوليِّ – وهو القياس – فلا كلامَ . وإن أثبتنا عَفْوَه ، فهو مُقَيَّدٌ بخمسِ شرائط :

– أن يكون الوليُّ مجْبِرًا ، كالأب والجدِّ .

– وأن لا تكون مالكةً أَمْرَ نفسِها (١) .

– وأن يكون قبل المسيس ، (٢ فأمّا ما بعده تعطيلٌ لحقها ٢) .

– وأن يكون بعدَ الطلاقِ لا قبْلَه . فإن كان معه – بأن اختلعها بالمهر – ففيه تردّدٌ ، والأظهرُ : (٣ أنه كالمتأخِّر ٣) .

– وأن يكون الصداقُ دَيْنًا (٤) ؛ إذْ لفظُ العفو إنما يُسْتعمل فيه لا في العين (٥) . وقال الشيخ أبو محمد : العينُ في معنى الدَّين في حكم القياسِ والمصلحةِ ؛ لأنه جُوِّزَ رخصةً ؛ لِتخليصِها إذا مسَّت الحاجةُ [إليه] (٦) . ثم اختلف الأصحاب في [ثلاث] (٧) مسائل :

إحداها (٨) : أنه هل يعفو عن مهر الصغيرة المجنونة (٩) ؟ فقيل : نعم ؛ للعموم . وقيل : لا ؛ لأن الغرضَ تخليصُها لِتَنْكح غَيْرَه (١٠) ، وهذه (١١) لا يُرْغَب فيها (١٢) .

---

(١) أي أن تكون بكرًا عاقلا صغيرة .

(٢) في (أ) : « فإنّ ما بعده تعطيل لها » ، وفي (ب) : « فإن ما بعده تعطيل لحقها » .

(٣) في (أ) : « أنه يجوز » .

(٤) الدَّيْن : هو المستقر في الذمة كالأموال .

(٥) كالدار المعينة أو الجهاز المعين وغيره .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (ب) : « الأولى » .

(٩) هذا تفريع على القول القديم ، والجديدُ المنعُ .

(١٠) في (ب) : « لِيَنْكحها غَيْرُه » .

(١١) في الأصل : « وهذا » .

(١٢) يعني أنها إذا طُلقت ، ولم تأخذ حقها كاملًا ، فاتت مصلحتُها ، ثم لا يرغب أحد في الزواج منها .

الثانية : البكرُ البالغُ [1] ، قيل : يعفو عن مهرها ؛ للعموم . وقيل : لا ؛ لأنها مالكةٌ أَمْرَ نفسِها ، وعلى هذا ينبني أن الوليَّ ، هل يَسْتقلُّ بقبض صَداقها ؟ وكأنّ منْ جوَّزَ ذلك ، سحبَ ولايتَه [2] على عوض البضْع ؛ لِتعلُّقِه بالبضع .

الثالثة : البكرُ الصغيرة ، إذا زُوِّجتْ وثَابَتْ [3] في صلب النكاح بوطءِ شبهةٍ ، فالظاهر : أنه ليس للوليّ العفوُ ؛ لأن عقدة النكاح ليست بيده الآن .

المقدمة الثانية :في ألفاظ العفو . إذا كان الصداقُ دَيْنًا : يسقط بلفظ « العفو » و « الإبراء » ، ولا يحتاج إلى القبول على الصحيح . ولو قالت : « وهبتُ » فهل يفتقر إلى القبول ؟ فيه وجهان [4] . وإن [5] كان عينًا لم يَسْقط بلفظ « الإبراء » وإن قَبِل . وفي لفظ « العفو » ترددٌ ، والأشهرُ : أنه كلفظ « الإبراء » . وقال القاضي : يكفي ذلك في الصداق خاصّةً ؛ لعموم الآية .

رجعنا إلى المقصود ، فنقول : [6] في رجوع الصداق [6] إلى الزوج - قبل الطلاق - خمسُ صور :

١٧٩/أ

إحداها : أن يكون بمعاوضة / فإذا طلّق ، رجع إلى القيمة ، سواء كان محاباة أو بثمن المثل .

الثانية : أن يرجع بِهِبةٍ ، [7] وهل يَمْنع الرجوع [7] بالقيمة عليها ؟ فيه قولان [8] .

الثالثة : أن يكون دَيْنًا ، ورجع [9] بالإبراء فطريقان :

---

(١) في (ب) : « البالغة » . (٢) في (أ) : « ولايتها » .

(٣) أي صارت ثيبًا . (٤) أصح الوجهين أنه لا يفتقر إلى القبول ، وبه قطع البغوي . انظر الروضة (٧/ ٣١٥) .

(٥) في (ب) : « وإذا » . (٦) في (ب) : « لِرجوعِ الصداق » .

(٧) في (ب) : « وهل يمتنع رجوعه » .

(٨) أحدهما : - وهو القديم وأحد قولي الجديد - : أنه لا يرجع عليها بشيء .

والثاني : - وهو الأظهر عند الجمهور - : يرجع بنصف بدله ، المثل أو القيمة . انظر روضة الطالبين (٣١٦) .

(٩) في (ب) : « ويرجع » .

- منهم مَنْ قطع بأنه لا يرجع بالقيمة (١) .

- ومنهم من قال : قولان .

الرابعة : أن يكون بهبةِ الدَّيْنِ ، وفيه قولان مُرتَّبان ، وأولى بالرجوع .

الخامسة : أن يكون بهبةِ الدينِ المقبوضِ ، وفيه قولان مرتبان ، (٢وأولى بأن يرجع ٢) .

تَوْجِيهُ أَصْلِ الْقَوْلَيْنِ

مَنْ قال : « لا يرجع » ، جعل هبةَ الصداق كتعجيل رَدِّه (٣) إليه قبل الطلاق . ومَنْ قال : « يرجعُ » أنكر أن تكونَ الهبةُ تعجيلًا (٤) ؛ إذ لو صرّح بالتعجيل لم يَصحَّ ، بل الهبةُ سببٌ مستأْنَفٌ لا يغيِّر حكمَ الطلاقِ . وترتيبُ الإبراءِ على الهبةِ ، سَبَبُه : أن الإبراءَ يُضاهي الإسقاط [من وجه ، ولكن لا يشترط فيه القبول في ظاهِرِ المذهب] (٥) ويجري القولان في الفُسُوخِ ، وكلُّ جهة (٦) تقتضي الرجوع إلى عوض ، حتى لو باع عبدًا بجارية (٧) ، فوهب منه العبد ، ثم أراد ردَّ الجارية بالعيب : لم يَجُزْ له طلبُ قيمةِ العبدِ على هذا القول ، ويمتنعُ (٨) بسببِهِ رَدُّ الجارية عند بعضهم ؛ لِعُرُوِّه عن الفائدة .

فَرْعَانِ

أحدهما : لو وهبت (٩) من الزوج نصفَ الصداقِ ، ثم طلَّقها ؟ فإن قلنا : الهبةُ لا تمنعُ الرجوعَ ، فله الرجوعُ بالنصف . وفي كيفيّته ثلاثةُ أقوال :

---

(١) قال في الروضة : « لو كان الصداق دينًا ، فأبرأته منه ، لم يرجع على المذهب » . (٧ / ٣١٧) .

(٢) في (ب) : « وأولى بالرجوع » .

(٣) في الأصل : « كتعجيل ردٍّ » . وفي (أ) : « كتعجيل الردّ » ، والمثبت من (ب) .

(٤) في (أ) : « تُعَجّل » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « وكل هبة » .

(٧) في (ب) : « لجارية » وهو خطأ واضح .

(٨) في (أ) : « ويمنع » .

(٩) في (ب) : « لو وُهِبَ » .

أحدها : أنه يرجع إلى النصفِ الباقي [(١)] لِيَتَخْلُصَ له الكُلُّ ، وانحصر هِبَتُها في نصيبِها ، وهو المستيقن [(٢)] ، وهذا يُعرف بقول الحصر .

والثاني : أنه يرجع إلى نصف الباقي ، ورُبعِ قيمةِ الجملةِ ؛ إذ لابُدَّ من الإشاعة ؛ فإن الحصْرَ تحكمٌ .

والثالث : أن الإشاعةَ حَقٌّ ، ولكن تَؤَدّي إلى تبعيض حقِّ الزوجِ ، فله الخيارُ ، إن شاء طلبَ قيمةَ النصف ، وإن شاءَ رجعَ إلى نصف الباقي وربعِ قيمة الجملة .

وتجري الأقوالُ فيما لو أصدقَها أربعين من الغنم ، فأخرجتْ واحدةً للزكاة ، ثُمَّ طلَّقها ، ففي قول : يرجع إلى عشرين من الباقي ، وتنحصر زكاتها [(٣)] في نصيبها . وفي قول : يرجعُ إلى نصف الباقي وبقيّةِ القيمة .

وفي قول : يتخيَّرُ بين ذلك ، وبين قيمة العشرين . وكذلك تجري فيما لو وهبت النصفَ من الأجنبيِّ [(٤)] .

أَمَّا إذا فرعنا على أنّ الهبةَ تمنعُ الرجوعَ ، فإن قلنا بالحصر :

فمنهم مَنْ حصر الهبةَ في جانبها ، وأثبت للزوج الرجوعَ بالنصف الباقي [(٥)] ليخلُصَ له الكُلُّ .

ومنهم من حصر [الهبة] [(٦)] في جانبه ، وجَعل الموهوبَ كأنه المعجّل ، فلا يبقى له حقٌّ [(٧)] في التشطير ، فكأنه عجَّل ما يستحق من النصف بالطلاق قبل المسيس [(٧)] .

وإن قلنا بالإشاعة ، رجع إلى نصف الباقي ، وهو ربع الجملة . ولا يجري قولُ الخيار ؛ لأنَّا [(٨)]

---

(١) في (أ) : « الثاني » .

(٢) في (أ) ، (ب) وهامش الأصل : « المتيقن » .

(٣) في الأصل : « وتنحصر هبتها » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (ب) : « أجنبي » .

(٥) في (أ) : « بالنصف الثاني » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٨) في الأصل : « لأنّ » .

على هذا القول - [نعني على قول مَنْع الرجوع] - [1] جعلناها معجّلة للربع ، فَيُضاف الربع الباقي إليه .

الفرع الثاني : إذا اختلعت المرأةُ قبل المسيس بعَيْنِ الصداق ، فينبغي أن تقول : « اختلعتُ بالنصف الذي يَبْقى لي » ، فإن قالت : « اختلعتُ بالنصف » مُطلقًا ، فعلى قول الحصر : ينحصر في نصفها ، ويصير كما لو صَرَّحَتْ بما يبقى لها ، وعلى قول الشيوع : يفسدُ نصفُ العوَض ، وفي الباقي قولا تَفْريقِ الصَّفقة . [2]فإن جوَّزْنا تفريقَ الصفقة [2] سَلِم للزوج من الصداق ثلاثةُ أرباعه : نصفٌ بحكم التشطير [3] ، وربعٌ بحكم الخلع ، ويرجع إلى قيمة الربع الباقي ، أو إلى نصف مهر المثل ؛ لأن ربع الصداق ، هو نصف عوض الخلع ، وفيه القولان المذكوران في فساد الصداق .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الشطر » .

الفصل الخامس

في المتعة [1]

وقد قال الله تعالى : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [2] . فهي واجبة عندنا وعند أبي حنيفة (رحمه الله) . وقال مالك : إنها مستحبة [3] .

---

(١) المتاع لغةً : كلُّ ما يُنْتفع به ، كالطعام وأثاث البيت . وأصلُ « المتاع » : ما يُتَبَلَّغ به من الزاد ، وهو اسمٌ من قولهم : « متعته بكذا » ، إذا أعطيته ذلك ، والجمعُ أَمْتِعة .

وتعريفُها شرعًا : « هي اسمٌ للمال الذي يدفعه الرجلُ إلى امرأته ؛ لمفارقته إياها » . ثم لفظ « المتعة » في الفقه يُطلق على أربعة معان :

(أحدها) : متعة الحج ، وهي أن يُحْرم بالعمرة في أشهر الحج ، وبعد تمامها يُحْرم بالحج ، وبالفراغ من أعمالها يحلّ له ما كان حرم عليه ، فمن ثَمَّ يُسَمَّى مُتَمتِّعًا .

(الثاني) : النكاح إلى أجل ، وهو نكاح المتعة ، وهو حرام .

(الثالث) : إمتاعُ المرأةِ زوجَها في مالها .

(الرابع) : متعة المطلقات ، وهو المراد بالبحث هنا . انظر : روضة الطالبين (٧ / ٣٢١) . االقوانين الفقهية ص (٢١٥) . المصباح المنير (٢ / ٨٥٧) مادة (م ت ع) . التعريفات ص (٦٦) . أنيس الفقهاء ص (١٤١) .

(٢) من الآية (٢٣٦) من سورة (البقرة) .

(٣) **مذهب الشافعي** : أن المتعة واجبة فيما إذا حصلت الفرقةُ لمفوّضة قبل الوطء ، وهو مذهبُ أبي حنيفة وأحمد . وزاد أبو حنيفة : وقبل الخلوة أيضًا . أما إنْ دخل بالمفوّضة - أو خلا بها عند أبي حنيفة - فلا تجب المتعةُ عنده ، وهو القديم من قولي الشافعي ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، وإنما يجب - فقط - المسمّى أو مهر المثل . ولكنْ تُستحب المتعة .

ومذهب الشافعي - في الجديد - أن المتعة تجب لكلِّ مطلقة بعد الدخول ، وهو رواية عن أحمد .

ومذهب مالك : أن المتعة سنةٌ ، وليست واجبة مطلقا حتى للمفوضة ، فهي تستحق مَهْرَ المثل بالوطء فقط ، لا بموتٍ أو طلاقٍ ، حتى لو ماتت أو طلقت قبل الدخول أو الفرض ، فلا صداق لها . انظر : روضة للطالبين (٧ / ٣٢١) . مغني المحتاج (٣ / ٢٤١) . الغاية القصوى (٢ / ٧٦٢) . الهداية (١ / ٢٢٢) . العناية على الهداية (٣/٣٣٧). =

والنظر في : محل وجوبها ، وقدرها . أما المحلُّ ، فالنظر في المطلقات وأنواعِ الفراق . أما المطلقات فثلاثة أقسام[١]:

إحداها[١] : [٢ المطلقة المفوضة ، وهي تستحق المتعةَ مهما طُلقت قبل الفرض والمسيس ؛ إذ ليس لها نصفُ مهرٍ ٢] ، وفيها وردَ القرآنُ[٣] .

الثانية : مطلقةٌ استحقتْ شطْرَ المهر قبل المسيس ، فلا تستحقُّ المتعةَ ؛ لأنهما كالمتعاقبيْنِ في نصِّ القرآن .

الثالثة : وهي[٤] التي استقرَّ مهرُها بالمسيس ، ففيها قولان :

أحدهما : لا تستحقُّ ؛ إذ[٥] سَلِم[٦] لها جميعُ المهرِ .

والثاني : تستحقُّ ؛ لأن جميعَ المهر في مقابلة البضع[٧] ، فكأنّها لم تستحقَّ للابتذال شيئًا .

وأما أنواع الفراق : ففي معنى الطلاق فراقُ اللعان ؛ لأنه يتعلق بمجردِ لعانه ، وكذا رِدَّتُه . وكلُّ فراقٍ [٨ مُشَطِّرٍ للمهر ٩] فيوجب المتعةَ إذا لم يُشَطِّرْ .

وأمّا ما يُسْند إليها[١٠] - كفسخها بعيبه ، أو فسخه بعيبها - فلا يُوجب المتعةَ .

= الدرالمختار(٣/١١٠). اللباب شرح الكتاب(٣/١٧). المدونة(٢/٢٢٩). الكافي(٢٩١). القوانين الفقهية ص (٢٤٤ وما بعدها) . المنتقى شرح الموطأ (٤ / ٨٨) . الروض المربع ص (٣٣٩) . المغني لابن قدامة (٦ / ٧١٤) .

(١) في (أ) : « فثلاثة أنواع » .

(٢) في (ب) : « أحدها » .

(٣) في (ب) : « المفوضة ، وهي تستحق مهما طلقت قبل الفرض والمسيس ؛ إذ ليس لها نصفٌ » .

(٤) يعني قولَه تعالى ﴿ لا جُنَاحَ عليكم إنْ طلقتم النساءَ ما لم تمسوهنَّ أو تفرضوا لهن فريضةً ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعًا بالمعروف حقًا على المحسنين ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

(٥) في (ب) : « هي » .

(٦) في الأصل : « إذا » .

(٧) في (ب) : « يَسْلم » .

(٨) وهذا هو الأظهر . انظر الروضة (٧ / ٣٢١) . الغاية (٢ / ٧٦٢) .

(٩) في (ب) : « يشطر المهر » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « وأما ما يَسْتند إليها » .

ونقل / المزنيُّ في فسخها بِجَبِّه : أنه يُثبت المتعة ، واتفقوا على تغليطه [١] . ١٧٩/ب

وأما الخلع ، فقد ترددوا فيه من حيث إنه مشطّر ، ولكنه يتعلّق برضاها وجانبها [٢] .

وأمَّا ما لا يتعلق بالجانبين - كالانفساخِ برضاعِ مُحَرِّمٍ - فيوجبُ المتعة ؛ لأنها تأذَّتْ بالفِراق وإن لم يُؤْذِها الزوجُ ، وكأنَّ المتعة جَبْرٌ لأذى الفِراقِ ، إذا [٣] لم يُجبر بالمهر .

وأما المتوفَّى عنها زوجُها ، فلا خلافَ في أنها [٤] لا متعة لها ، لأنها مُتَفَجِّعة ، لا مُسْتوحِشة .

النظر الثاني : في قَدْرِها [٥] . وفيه وجهان :

أحدهما : أنَّ أقلَّ ما يُتَمَوَّل به . يعني فلا تقدير فيه .

والثاني : أنه يجتهد فيه [٦] القاضي ، [٧] فما يراه لائقًا بالحال ، يُقَدِّره [٧] . وقيل : ينظر القاضي إلى حاله في اليسار والإعسار . وقيل : بل إلى حالها [٨] ومنصبها .

والصحيح : أنه ينظر إليهما جميعًا . وقال الشافعي (رضي الله عنه) : « يفْرض القاضي [٩] لها مِقْنَعةً [١٠] أو خاتمًا أو ثَوْبًا » .

والأصلُ : أنّه لا ضابطَ فيه إلا الاجتهادُ كما في التعزيرات ، فإنها على قدر الجنايات ، وعلى

---

(١) أي على تغليط المنقول .

(٢) والصحيح أن الخلع كالطلاق يُثْبت لها المتعة حيث يُثْبته الطلاق . انظر الروضة (٧ / ٣٢١) .

(٣) في (ب) : « وإن » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أنه » .

(٥) في الأصل : « في قدره » .

(٦) في (ب) : « فيها » .

(٧) في الأصل : « فيما يراه لائقًا بالحال يقدره » ، وفي (ب) : « فيما يراه لائقا بالحال ، فيقدره » .

(٨) في (ب) : « حالتها » .

(٩) كلمة : « القاضي » ساقطة من (أ) .

(١٠) المقنعة : ما تستر به المرأةُ رأسها .

قدر أخلاق [1] الجناةِ في الغرامة والسَّلامة .

ثم لا يُزَاد [في] [2] المتعة على نصف المهر ؛ كما لا يُزَاد التعزيرُ على الحدّ . ثم إن لم يكن في النكاح مهرٌ ، فمردُّ المتعةِ إلى نصف مهر المثل ، فَلْتُنْقَصْ عنه .

* * *

(١) في (أ) : « اختلاف » .

(٢) زيادة من (أ) .

الباب الخامس

في النزاع في الصداق

وفيه مسائل خمس :

الأولى : إذا تنازعا في مقدار الصداق ، أو جِنْسِه ، أو صِفَته - كما وصفْناه في البيع - تحالفا . وإن كان بعد الموت ، جرى التحالف مع الوارث ، لكنِ الوارثُ النَّافي يحلف على نَفْيِ العلم ، والمثْبِتُ يحلف على البَتِّ . وكذلك يجري التحالفُ بعد ارتفاع النكاح ؛ لأنَّ الصداق مُستقِلٌّ بنفسه . وفائدةُ التحالفِ فيه : انفساخُ الصداقِ ، والرجوعُ إلى مهر المثلِ على الأقوال كلِّها ؛ لأن مَنْشَأَ التحالفِ الجهلُ بمقدار الصداق ، فلا يمكن الرجوعُ إلى القيمة . وقال ابنُ خيران : « إذا كان ما تدَّعيه المرأة [1] أقلَّ من مهر المثلِ ، فلا ترجع إلى مهر المثل ، بل يكفيها ما تدعيه » . وهو بعيدٌ ؛ لأنَّ رجوعَها إلى المهر بجهة الفسخ يُخالف جهةَ الدعوى .

ولو ادَّعتِ المرأةُ التسميةَ ، وأنكرَ الزوجُ أصلَ التسمية : تَحَالَفَا . وإنما يُفيد ذلك إذا ادَّعتْ زيادة على مهر المثل . وفيه وجه : أنَّ القولَ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ التسمية . وهو ضعيفٌ ؛ لأنَّ حاصلَ النزاعِ يرجعُ إلى أنَّ الثابتَ مهرُ المثلِ أو أكثرُ .

الثانية : لو اعترف الزوجُ بالنّكاحِ ، وأنكر أصلَ المهر ، أو سكت عنه ؟ قال القاضي : لها مهرُ المثلِ ، ولكن نُحَلِّفُها ؛ لأنّ الظاهرَ معها ، وزاد فقال : لو قال : هذا الصبيُّ ابني من فلانة ، فلها مهرُ المثل إنْ حلفت ؛ لأنّ الظاهرَ أن الولدَ يكونُ من وطءٍ محْتَرَمٍ ؛ فإن استدخالَ الماء بعيدٌ . وما ذكره فيه نظرٌ ؛ لأن هذا يدل على أصل المهر ، فأمَّا مقدارُه فلا يدلّ عليه ، فإن إنكاره أصلَ المهرِ أبلغُ من إنكارِه بعضَ المهرِ ، وذلك يوجب التحالف ، نعم ما ذكره يُستمدّ من مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) حيث قال : لو تنازعا ، وكان ما تدّعيه المرأةُ مقدارَ مهرِ المثلِ ، فالقولُ قولُها ، ولا تُحَالَف [2] . ونحن لا ننظر إلى ذلك .

---

(١) كلمة : « المرأة » ليست في (ب) .

(٢) انظر الهداية (١ / ٢٣٠) . حلية العلماء (٦ / ٥٠٢) .

الثالثة : لو تنازع الزوجُ ووليُّ الصبيةِ في مقدار المهر ، هل يتحالفان ؟ فيه وجهان [١] ، ووجْهُ تحليفِ الوليِّ أنه مقبولُ الإقرار فيه ، فلا يَبْعُد أن يُحلّف ، وحيث لا يُقبل إقرارُه فلا يحلف .

ويجري هذا الخلاف في الوصيّ والقَيِّم والوكيل فيما [٢] يتعلق بإنشائهم . أمَّا إذا ادَّعى الوليُّ على إنسانٍ أنه أتلفَ مالَ طفلٍ ، فَنَكَلَ المدَّعى عليه : فالظاهر أنه لا تُرَدُّ اليمينُ على الوليِّ ؛ لأنه لا يتعلق بإنشائه ، ولكن لا يُقْضى بنكوله عليه ، ويتوقف إلى بلوغِ الصَّبي حتى يحلف . وعن هذا قال بعضُهم : لا تُعْرض اليمينُ عليه ، بل يُتَوَقَّف في أصلِ الخصومة ، لأنه لا يعجز عن النكول . ومن أصحابنا من قال : تُرَدُّ اليمينُ على الوليِّ هاهنا أيضًا [٣] . فلو نكل ، هل يُقضى على [٤] الطفل بنكوله ، أم له أن يحلف بعدَ البلوغ ؟ فيه وجهان .

الرابعة : لو ادَّعت ألفين في عقديْنِ ، أحدُهما يومَ الخميس ، والآخرُ [يوم] [٥] الجمعة وأقامت البينةَ : استحقَّتْ ، وحُمِلَ على تخلُّلِ الطلاق . فإن ادَّعى الرجلُ أنَّ الطلاقَ قبل المسيس - لِيسقط النصفُ - وما أقامتْ بينةً على المسيس ؟ قلنا له : النكاحُ مُثْبِتٌ للكُلِّ ، وعليك بيانُ المسْقِط [٦] .

---

(١) وأصحهما أنهما يتحالفان . انظر الروضة (٧ / ٣٢٦) . المنهاج مع المغني (٣ / ٢٤٣) . الغاية القصوى (٢ / ٧٦٣) .

(٢) في الأصل : « مما » .

(٣) ليست في (أ) .

(٤) في الأصل : « إلى » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قال الحموي : « قوله في الباب الخامس في الصداق : (الرابعة : لو ادعت ألفين في عقدين أحدهما يوم الخميس والآخر يوم الجمعة فأقامت البينة ، استحقت الكل وحمل على تخلُّل الطلاق ، وإن ادعى الرجل أن الطلاق وقع قبل المسيس ليُسْقِطَ النصفَ قلنا له : النكاح يثبت الكلَّ وعليه بيانُ المسقط) .

قلت : ما ذكره هاهنا يخالف ما ذكره في النظر الرابع في النزاع في الإضافة إلى قوله الثاني : إذا قالت : طلقتني بعد المسيس فلي كمال المهر ، فالقول قوله .

قلت : ظاهر كلامه يدل على أنه لا يكتفي منه باليمين بل لابد من إقامة البينة ، وفي المسألة الأخرى تقتضي أن يكون القول قوله وليس كذلك ؛ فإن الإمام ذكر في نهاية المطلب : إذا ادعى رجلٌ أنه لم يصبها في النكاح الأول ، فالقول قوله مع يمينه ، فعلى هذا تكون المسألتان واحدة . والجواب : أن مراده بيان المسقط للنصف إما بيمينه وإما ببينةٍ تشهد على إقرارها أن الزوج لم يُصِبْها ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٧ / ب ، ١٤٨ / أ) .

الخامسة : لو كان في ملكِ الرجلِ أبوها وأُمُّها ، فأصدَقَها أحدَهما على التعيين ، لكن تنازعا ، فقالت / المرأة : أصدقْتَني الأمَّ [1] . وقال الزوجُ : أصدقتُكِ الأبَ : تحالفا . وفيه ١٨٠/أ وجهٌ : أنهما لا يتحالفان ؛ لأنَّ الصداقَ عقدٌ مستقِلٌّ بنفسه ولم يَتَّفِقَا على صداق واحدٍ ، فهو كما لو قال : « بِعْتَني الجاريةَ بدينار » فقال : « بل [2] بعتُكَ العبْدَ بدرهم » فإنهما لا يتحالفان . وهذا ضعيفٌ ؛ لأن الصداقَ له حكمُ الأعواضِ .

ثم لو تحالفا ، رجعت إلى مهر المثل ، وَرَقَّتِ الأمُّ ، وعَتَقَ الأبُ [على الزوج] [3] بإقراره ، ولا يرجع إليها بقيمته ؛ لأنها مُنْكِرةٌ ، وولاؤه موقوفٌ ؛ إذ لا مُدَّعِيَ له .

ولو حلف الزوج [4] ، ونكلتِ المرأةُ : رقَّتِ الأُمُّ ، وحُكم بأنّ الصداق هو الأبُ وعَتق ، ولا ولاء لها ؛ لإنكارها .

أما إذا قال الزوج : « أصدقتُكِ الأبَ ونصْفَ الأُمِّ » وقالتْ [5] : « بل أصدقْتَهما جميعًا » ، فإذا تحالفا ، رجعتْ إلى مهر المثل وعتقَ الأبُ ؛ لأنه مُتَّفَقٌ عليه ، وعليها قيمتُه ، وعَتق نصفُ الأمِّ ، والباقي يُعْتق بالسِّراية إن كانت موسرة .

وقد تَمَّ كتابُ الصَّداقِ ، ونُرْدِفُه بباب [في] [6] الوليمة والنَّثْر على ترتيب الشافعي (رضي الله عنه) وفيه فصول ثلاثة :

* * *

---

(١) في (أ) : « أُمي » .
(٢) كلمة : « بل » ساقطة من (أ) .
(٣) زيادة من (ب) .
(٤) في (أ) : « الرجل » .
(٥) في الأصل : « وقال » .
(٦) زيادة من (ب) .

[الوليمة والنَّثْر] [1]

الفصل الأول

في وجوبها ، ووجوبِ الإجابة

فنقول : الوليمةُ عبارةٌ في اللغة عن مَأْدُبةٍ ، سببُها سرورٌ ، من ختانٍ [2] ، أو قُدوم [3] ، أو إملاك [4] . لكنا نريد به مأدبةَ العرس ؛ فإن الأمر فيه مُؤَكَّد ؛ كان رسول الله ﷺ لا يترك الوليمة ، في حضر ولا سفر . وأَوْلَمَ على صفية بسَوِيق [5] وتمر في السفر [6] . وقال لعبد الرحمن

---

(١) الوليمة : طعام العرس . وقيل : كلُّ طعام صُنع لعرس وغيره . والفعلُ منه : أولم ، يُولم . انظر : مختار الصحاح ص (٦٣٦) . النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (٥/٢٢٦) . لسان العرب (٦/ ٤٩١٩) . مادة (و ل م) .

وأما « النثر » فهو رَمْيُك الشيءَ بيدك ، ترمي به مُتفرّقا . ويقال له أيضًا : النِّثار . انظر : تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ٢ / ٣٠) . اللسان (٦ / ٤٣٣٩) . مادة (ن ث ر) .

(٢) الختان : موضعُ القطعِ من الذكر ، وتُسمى الدعوةُ للختان : ختانًا . وخَتَنْت الصبيَّ ، من باب « ضرب » و « نصر » . وقيل : الختنُ للرجال ، والخفْض للنساء . انظر : مختار الصحاح ص (١٦٩) . النهاية في غريب الحديث والأثر (٢ / ١٠) . المصباح المنير (١ / ٢٥٣) . اللسان (٢ / ١١٠٢) . مادة (خ ت ن) .

(٣) يعني قدوم غائب من سفر ونحوه .

(٤) الإملاك : التزويج . ويقال للرجل إذا تزوج : قد ملك فلانٌ . ويقال : شهدنا إملاكَ فلانٍ ، ومِلاكَه ، أي : عَقْدَه على امرأته . ويقال : أُملك فلانٌ : إذا زُوِّج . وأملكْنا فلانًا فلانة : إذا زوجناه إياها . انظر : مختار الصحاح ص (٦٣٣) . النهاية في غريب الحديث (٤ / ٣٥٩) . اللسان (٦ / ٤٢٦٨) مادة (م ل ك) .

(٥) السويق : ما يعمل من الحنطة والشعير .

(٦) حديث صحيح : رواه أبو داود (٤ / ١٢٦) (٢١) كتاب « الأطعمة » (٢) باب في « استحباب الوليمة عند النكاح » حديث (٣٧٤٤) . ورواه الترمذي (٣ / ٤٠٣) حديث (١٠٩٥) . وابن ماجه (١ / ٦١٥) حديث (١٩٠٩) ، ورواه أحمد في مسنده (٣/ ١١٠) . وابن حبان في صحيحه (٦/ ١٤٥) كما في الإحسان ، جميعًا من طرق عن الزهري عن أنس به .

وروى البخاري (٩ / ١٤٠) (٦٧) كتاب « النكاح » (٦٨) باب في « الوليمة ولو بشاة » حديث (١٥٦٩) =

ابن عَوف : « أَوْلِمْ ولو بشاة » [١] .

وقال الشافعي (رضي الله عنه) في سائر الدعوات [٢] : « مَنْ تركها لم يَبِنْ لي أنه عاصٍ كما تبيَّنَ لي في وليمة العرس » [٣] . فاختلف الأصحابُ [٤] : فمنهم من قال : فيه قولان . ومنهم من قطع بأنه لا تجب [٥] ، وحَمَلَ الأمرَ على الاستحباب [٦] ، وحمل كلامَ الشافعيِّ (رضي الله عنه) على ترك الإجابة إلى الوليمة . ومنهم من قطع بأن الإجابة أيضًا لا تجب ، وحَمل قولَه(عليه

= بإسناده عن أنس « أن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها ، وجَعَل عِتْقَها صَدَاقها ، وأَوْلَم عليها بِحَيْس » .

ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٤٤) حديث (١٣٦٥) بإسناده عن أنس أيضًا .

والحيس : هو التمر يُنْزع نواه ، ويُخْلط بالأَقِط ، أو الدقيق ، أو السويق . ولو جعل فيه السمن لم يخرج عن كونه حيْسًا . والأَقِطُ هو : جُبن اللبن المستخرج زبْدُه . انظر فتح الباري (٩ / ٤٥٥) .

(١) الحديث رواه البخاري (٩/١٣٩) (٦٧) كتاب « النكاح » (٦٨) باب « الوليمة ولو بشاة » حديث (٥١٦٧) . ومسلم (٢ / ١٠٤٢) حديث (١٤٢٧) . وأبو داود (٢ / ٥٨٤) حديث(٢١٠٩) والترمذي (٣ / ٤٠٢) حديث (١٠٨٤) . والنسائي (٦/ ١١٩) وابن ماجه (١/ ٦١٥) حديث (١٩٠٧) رووه جميعًا من طرق عن أنس بن مالك به .

قال الحافظ ابن حجر في شرحِ هذا الحديث : واستدل به على توكيد أمر الوليمة ... وعلى أن الشاة أقلُّ ما تجزىء عن الموسر ، ولولا أنه ﷺ أَوْلَمَ على بعض نسائه بأقل من الشاة – لكان يمكن أن يُسْتدل به على أنّ الشاة أقل ما تجزىء في الوليمة ، ومع ذلك فلابُدّ من تقييده بالقادر عليها ، وأيضًا فيعكر على الاستدلال أنه خطابُ واحدٍ ، وفيه اختلافٌ ، هل يَسْتلزم العمومَ أم لا ؟ وقد أشار إلى ذلك الشافعيُّ فيما نقله البيهقي عنه قال : « لا أعلمه أَمَرَ بذلك غَيْرَ عبد الرحمن بن عوف » . فتح الباري (٩ / ١٤٣) .

(٢) كدعوة وليمة الختان ، أو قدوم مُسَافر ، أو غير ذلك .

(٣) حكاه عنه المزنيُّ في المختصر ص (١٨٤) .

(٤) قال في الروضة : « وأما الإجابة إلى الدعوة ، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة ، وكذا إن لم نوجبها على الأظهر ... وأما غير وليمة العرس ،فالمذهبُ : أن الإجابة فيها مستحبة » . روضة الطالبين (٧/ ٣٣٣) . وانظر مغني المحتاج (٣ / ٢٤٥) .

(٥) أي : الوليمة .

(٦) يعني بالأمر قولَه ﷺ : « أولمْ ... » .

الصلاة والسلام): «من لم يُجِبِ الداعيَ، فقد عصى أبا القاسم»[1] على أنه عَصَى في سيرته والاقتداء بمحاسن أخلاقه؛ إذ قال ﷺ: «لو أُهْدِيَ إليّ ذراعٌ لَقَبِلْتُ، ولو دُعِيتُ إلى كُراعٍ[2] لأجبتُ»[3].

ثم إن قلنا: تجب الإجابة، فيسقط الوجوبُ بأعذار:

الأول: أن يكون في الدعوة[4] شيءٌ من المنكرات. فإن كان يُهاب ويرتفع ذلك بحضوره، فَلْيحضر، وإلّا فَلْيمتنع. فإن حضر، ورأى ذلك ولم يَقْدر على التغيير، فَلْيخرج؛ إذ الإقامةُ في مشاهدة المنكرات[5] حرامٌ.

---

(١) هو جزء من حديث رواه البخاري (٩/١٥٢) (٦٧) كتاب «النكاح» (٧٢) باب «من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله» حديث (٥١٧٧) بإسناده عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أنه كان يقول: «شرُّ الطعام طعامُ الوليمة، يُدعى لها الأغنياء، ويُترك الفقراء، ومن ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله».

قال الحافظ ابن حجر في شرح هذا الحديث: أوَّلُ هذا الحديثِ موقوفٌ، ولكن آخره يقتضي الرفع، ذَكر ذلك ابنُ بطال، قال: «... ومثل هذا لا يكون رأيا، ولهذا أدخله الأئمة في مسانيدهم». فتح الباري (٩ / ١٥٣). وقد روى الإمام مسلم هذا الحديث في صحيحه مُصَرِّحًا فيه بالرفع إلى النبي ﷺ، ورواه أيضًا موقوفًا على أبي هريرة (رضي الله عنه). انظر صحيح مسلم (٢ / ١٠٥٥) حديث الباب (١١٠). وانظر حديث (١٤٣٢).

قال الإمام النووي: «ذكره مسلمٌ موقوفًا على أبي هريرة، ومرفوعًا إلى رسول الله ﷺ، وقد سبق أن الحديث إذا رُوِيَ موقوفًا ومرفوعًا، حُكم برفعه على المذهب الصحيح؛ لأنها زيادة ثقة». انظر صحيح مسلم بشرح النووي (٩/٢٣٧). وقد روى هذا الحديث أيضًا أبو داود في سننه (٤ / ١٢٥) حديث (٣٧٤٢) وابن ماجه (١/٦١٦) حديث (١٩١٣) جميعًا من طرق عن الزهري عن الأعرج عن أبي هريرة به.

(٢) الكُراع - بضم الكاف -: هو مُسْتدقّ الساق العاري عن اللحم، ويكون في البقر والغنم. وجمعه: «أكرع». وفي المثل «أُعطي العبد كراعًا فطلب ذراعًا» لأن الذراع في اليد، وهو أفضل من الكراع في الرِّجل. انظر: مختار الصحاح (٥٦٧) النهاية (٤ / ١٦٥). لسان العرب (٥ / ٣٨٥٨) مادة (ك ر ع).

(٣) الحديث رواه البخاري (٩ / ١٥٤) (٦٧) كتاب «النكاح» (٧٣) باب «من أجاب إلى كراع» حديث (٥١٧٨) ولفظة «لو دُعِيتُ إلى كراع لأجبتُ، ولو أُهدي إليَّ ذراعٌ، لقبلتُ» ورواه الترمذي (٣/٦٢٣) حديث (١٣٣٨) بإسناده عن أنس (رضي الله عنه) مرفوعًا.

(٤) في (ب): «الدعوى» وهو خطأ؛ لأن «الدعوة» من: دعا، يدعو. أما «الدعوى» فهي من: ادّعى، يدعي، ادعاءً. والاسمُ منه «الدعوى».

(٥) في (ب): «المنكر».

الثاني : أن يكون في البيت المدعُوِّ إليه صورةٌ مصوّرة للحيوانات ، أو على الستور والسقوف ؛ فإن ذلك حرام . ولا بأس بصور الأشجار . وأما صورةُ الحيوانات ، فلا يُعْفى عنها إلا على الفُرُش وما تحت الأقدام ؛ لا [1] المنصوبة على صورِ الأصنام . والوسادةُ الكبيرةُ في الصدر ، في حكم المنصوب . وقد رَوَتْ عائشةُ (رضي الله عنها) أنه ﷺ رأى في داره [2] سُتْرَةً عليها صورٌ ، فكان [3] يَدْنُو منها وينصرف ، فَعَل ذلك مرارًا ، ثم قال : « حطِّيها ، واتخذِي منها نمارقَ » [4] . ولا يجوز لبسُ الثياب وعليها صورُ الحيوان ، لا للرجال ولا للنساء . وأما نسْجُ تلك الثياب ، فجوَّزه الشيخ أبو محمد ؛ لأنه ينتفع به في الفُرُشِ ، إلا أن الظاهرَ تحريمُ ذلك ؛ لعموم الحديث ، حيث قال : « يُحْشر المصوِّرون يوم القيامة ، ويقال لهم : انفخوا الروحَ فيما خَلَقتم ، وما هم بنافخين ، ولا يُخفَّف عنهم العذاب » [5] . نعم ، لا يَبْعُد أن يقال : ما اتخذوه يجوز أن

---

(١) في الأصل : « لأنه » . وفي (ب) : « لأن » . والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « دارها » .

(٣) في (ب) : « وكان » .

(٤) الحديث صحيحٌ بغير هذا اللفظ : رواه البخاري (٩ / ١٥٧) (٦٧) كتاب « النكاح » (٧٦) باب « هل يرجع إذا رأى منكرا في الدعوة ؟» ، حديث (٥١٨١) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) أنها اشترت نمرقة فيها تصاوير ، فلما رآها ﷺ قام على الباب فلم يدخل ، فعرفتُ في وجهه الكراهية ، فقلت : يا رسول الله ، أتوب إلى الله وإلى رسوله ، ما أذنبتُ ؟ فقال رسول الله ﷺ : « ما بالُ هذه النمرقة ؟ قالت : فقلت : اشتريتُها لك ؛ لِتَقْعُدَ عليها وتوسَّدها . فقال رسول الله ﷺ : « إن أصحاب هذه الصور يُعذبون يوم القيامة ، ويقال لهم : أحيوا ما خلقتم ، » وقال : « إن البيت الذي فيه الصور لا تدخله الملائكة » . ورواه مسلم في صحيحه (٣ / ١٦٦٦) برقم (٢١٠٧) مع تغيير في اللفظ وزيادة .

(٥) ورد مضمون هذا الحديث بغير هذا اللفظ ، ومن ذلك ما رواه البخاري (٤ / ٤٨٦) (٣٤) كتاب « البيوع » (١٠٥) باب « بيع التصاوير التي فيها روح ، وما يُكْره من ذلك » حديث (٢٢٢٥) بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا : « من صوّر صورةً ، فإن الله مُعَذِّبه حتى ينفخ فيها الروح ، وليس بنافخ فيها أبدًا » .

ومنه ما رواه مسلمٌ في صحيحه (٣ / ١٦٦٩) برقم (٩٦) حديث الباب بإسناده عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ : « إن أصحاب هذه الصور يعذبون ، ويقال لهم : أحيوا ما خلقتم » .

يُوطأ بالأقدام ، وقد قال (عليه الصلاة والسلام) : « لا تدخل الملائكةُ بيتًا فيه صورة » [1] . والظاهر أن الدخولَ مكروهٌ ، ومنهم مَنْ حرَّم ذلك .

الثالث : لو أحضر أقوامًا من الأراذل والسفلة ، وكانت مجالسَتُهم تُزْري بمنصبه ومروءته ، فالظاهرُ أنه لا تجب الإجابة .

الرابع : أن الصوم ليس بعذر ، بل يحضر . فإن صام عن فرضٍ أَمْسَكَ . وإن كان عن نفلٍ أفطر ، إلّا إذا علم أنه لا يعِزُّ على الداعي إمساكُه ، فعند ذلك يُمْسك أيضًا .

وحيث تجب الإجابةُ ، فإنما تجب إذا قصدَه الداعي ، فإن قال لغلامه : « ادْعُ مَنْ شئتَ » فلا تجب - على مَنْ دعاه الغلامُ - الإجابةُ [2] .

ولو دعا جماعةً - ولم يَقْصد الآحادَ - سقط الوجوبُ [3] بحضور جماعةٍ [3] ، كَرَدِّ السلام .

* * *

---

(١) ورد هذا الحديثُ عن بعض الصحابة ، وبألفاظ عدة ، ومنها : ما رواه البخاري في صحيحه (١٠ / ٤٠٥) كما في الفتح (٧٧) كتاب « اللباس » (٩٤) باب « لا تدخل الملائكة بيتًا فيه صور » حديث (٥٩٦٠) بإسناده عن ابن عمر قال : وعد جبريلُ النبيَّ ﷺ فَرَاثَ عليه حتى اشتدّ على النبي ﷺ فلقيه ، فشكا إليه ما وَجَدَ ، فقال له : « إنا لا ندخل بيتًا فيه صورة ، ولا كلب » . وقوله (فراث عليه) أي : أبطأ .

ورواه مسلم (٣ / ١٦٦٤) (٣٧) كتاب « اللباس والزينة » (٢٦) باب « تحريم تصوير صورة الحيوان ، وتحريم اتخاذ ما فيه صورة غير محرمة ممتهنة ، بالفرش ونحوه ، وأن الملائكة (عليهم السلام) لا يدخلون بيتًا فيه صورة ولا كلب » حديث (٢١٠٤) بإسناده عن عائشة . وحديث (٢١٠٦) عن أبي طلحة . ورواه أبو داود (٤ / ٣٨٤) حديث (٤١٥٢) عن علي ، وفيه زيادة « ولا جُنُب » . ورواه النسائي (٨ / ٢١٢) عن أبي طلحة ، في (٨/ ٢١٣) عن عليّ . ورواه الترمذي (٥ / ١٠٦) حديث (٢٨٠٥) عن أبي سعيد الخدري . ورواه ابن ماجه (٢ / ١٢٠٣) .

(٢) كلمة : « الإجابة » فاعلٌ للفعل « تجب » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بحضور بعض الجماعة » .

الفصل الثاني

في الضيافة

وفيه مسائل :

الأولى : أنه لا يُعَيِّنُ طعامًا [1] في الضيافة ، بل الخيَرة إلى المضِيف ، لكن في الوليمة / يَنبغي أن يَتَّخذ ما يَليق بمنصبه وحاله . ١٨٠/ب

الثانية : أنه لا يفتقر [2] إلى تصريح بالإباحة بعد إحضار الطعام . وقيل : لابد مِن لفظٍ كقوله : كلوا [3] أو الصلاة [3] .

الثالثة : الضيفُ يأكل ملكَ الغير بطريق الإباحة ، وله الرجوعُ . وقيل : إنه يملك ، لكن اختلفوا في وقته . منهم من قال : عند رفع اللقمة ، وقيل : عند الوضع في الفَمِ ، وقيل : عند المضْغ ، وقيل : عند الازدراد [4] نتبين أنه يملك مع الازدراد ، وقيل : لا يملك أصلًا [5] . وإنما هذه الترددات في وقت امتناع الرجوع عن الإباحة ، والقياسُ أنه لا يملك ، ولا يمتنع الرجوعُ إلا بالفوات .

الرابعة : زَلَّةُ الصوفية حرامٌ ، إلا إذا عَلِمَ يقينًا - بقرينة الحال - رِضا المالك ، فإنْ تردّد فيه ، فالظاهرُ التحريمُ [6] .

---

(١) أي لا يطلب الضيفُ طعامًا بعينه . وفي (ب) : « أنه لا يتعين طعام » يعني أنه لا يتعينَّ طعامٌ بعينه على المضيف ، بل يفعل ما يليق بحاله ومنصبه .

(٢) أي المضيف .

(٣) وهذا القول شاذ ضعيف . انظر الروضة (٧ / ٣٣٨) .

(٤) الازدراد : الابتلاع . يقال : زَرِدَ اللقمة : أي بلعها . وبابه « فهم » . انظر : مختار الصحاح ص (٢٧٠) . المصباح المنير (١ / ٣٨٥) مادة (ز ر د) .

(٥) وينبني على الاختلاف في تملك الضيف ، أن ما وُضِعَ بين يديه من طعام ، هل يجوز له أن يأخذه لبيته ، أو غير ذلك ؟ وهل يجوز له التصرفُ فيه ببيعٍ ، أو هبة ، أو إطعامه لحيوان ؟ فإن قلنا : يملك بوضع الطعام بين يديه ، فيجوز له ذلك ، وإلَّا فلا .

(٦) يحتمل أن يقصد بزلّة الصوفية التطفلَ ، وهو دخول الرجل الذي لم يؤذن له بالضيافة . وهذا حرام . ويحتمل =

الفصل الثالث

في نثر السكر والجوز

وفيه مسائل :

إحداها : أن النثر والالتقاط ، كلاهما مباحان ؛ لما رَوَى جابرُ بن عبد الله أن رسول الله (صلى الله عليه وعلى آله وسلم) حضر إملاكًا [(١)] ، فقال : « أين أطباقكم ؟ فأُتِيَ بأطباق عليها جوزٌ ، ولوز ، وتمر ، فَنُثِرَتْ ، قال جابر : فقبضنا أيدينا ، فقال (عليه الصلاة والسلام) : « ما لكم ، لا تأخذون ؟! » فقالوا : لأنك نهيتَنَا عن النُّهْبَى [(٢)] . فقال : « إنما نهيتُكم عن نُهْبَى العساكر ، خُذوا على اسم الله تعالى ، فجاذبَنَا وجاذبْنَاه » [(٣)] . قال الشافعي (رضي الله عنه) :

= أيضًا أن يحمل الضيفُ معه – بعد ضيافته – شيئًا من الطعام ، وهذا لا يجوز إلا إذا أخذ ما يَعْلم رضا المالك به ، وهذا يختلف بقدر المأخوذ وجنسه ، وبحال المضيف والدعوة ، فإن شك في وقوعه في محلّ المسامحة ، فالصحيح التحريم . انظر الروضة (٧ / ٣٣٩) .

(١) أي : عُرْسًا أو نكاحًا .

(٢) النَّهْب : الغنيمة . والجمع : نِهاب . وأما الانتهاب ، فهو أن يأخذها مَنْ شاء . ويقال : أنهب الرجلُ مالَه ، فانتهَبُوه ، ونهبوه ، وناهبوه . كلُّه بمعنى : أي أباحه لمن شاء . والنُّهْبَى : بمعنى النَّهب . انظر : مختار الصحاح ص (٦٨١) . اللسان (٦ / ٤٥٥٣) مادة (ن هـ ب) .

(٣) حديث ضعيف : رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ / ٥٠) . ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٨٨) بإسناديهما عن معاذ بن جبل مرفوعًا به ، وليس عن جابر (رضي الله عنه) بل الحديث لا يُعْرف عنه كما قاله ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٤٠٧) طبعة قرطبة . وفي إسناد هذا الحديث مجاهيلُ وانقطاعٌ ، ولا يثبت في هذا الباب شيءٌ كما قاله البيهقي في سننه الكبرى . وأما النَّهْيُ عن النُّهْبى فقد صح عن النبي ﷺ فيما رواه البخاري في صحيحه (٥/١٤٢) حديث (٢٤٧٤) بإسناده عن عبد الله بن يزيد الأنصاري عن النبي ﷺ أنه « نهى عن النُّهْبَى والمُثْلَة » .

قال البغوي في التعليق على هذا الحديث : « وتُتَأوّل « النهبى » في الحديث على الجماعة ينتهبون الغنيمة ، فلا يُدْخلونه في القسم ، والقومِ يُقَدم إليهم الطعام ، فينتهبونه ، فكلٌّ يأخذ بقدر قُوته ، ونحو ذلك ، وإلّا فَنَهْبُ أموالِ المسلمين مُحَرَّمٌ لا يُشْكِل على أحد ، ومَنْ فعله يستحق العقوبة والزجر ، والله أعلم » شرح السنة للإمام البغوي (٨/٢٢٨) .

« تَرْكُ ذلك أحبُّ إليّ » (١) . (٢وإنما فعل رسول الله ﷺ للرخصةِ وبيانِها ٢) ، فلا نقول : إنه مكروه ، ولكن ربما يُؤْثر النّاثِرُ بعضَ الناس دون بعض ، فتركُه أَوْلَى .

الثانية : ما وقع في الأرض ، فالحاضرون فيه سواءٌ ، ويملكه من يَبْتدره ، ومَنْ تثبت يَدُه على شيء منه ، فلا يُسْلب ، بل هو كالصيد .

الثالثة : لو وقع في حِجْر إنسانٍ - وقد بَسَطه لذلك - مَلَكه . فإن سقط منه ، فهل لغيره أَخْذُه ؟ فيحتمل أن يقال : له ذلك ، وقرارُ أمره موقوفٌ على استقراره في يده (٣) .

أما إذا لم يَبْسُطْه لذلك ، فلِغيره أَخْذُه ؛ كما إذا عشش الطائرُ في داره ، ثم طار . أمّا إذا وقع الصيدُ (٤) في الشبكة ، ثم أَفْلت ، فالظاهرُ : أن مِلكه لا يزول . وفيه وجه : أنه في العرف لا يُعَدّ مُسْتقِرًّا .

* * *

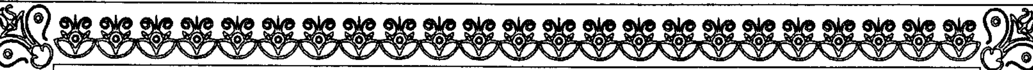
(١) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٨٤٩) .

(٢) في (ب) : « وإنما قصد رسول الله ﷺ الرخصة وبيانها » .

(٣) قال في الروضة (٣٤٣/٧) : فإن سقط منه ، لم يَبْطل حقُّه على الأصح .

(٤) في (ب) : « الطائر » .





كتاب القَسْم (1) والنُّشُوز (2)

وفيه

مقدمة ، وستة فصول

(1) القَسْم – بفتح القاف وإسكان السين – : مصدر « قسم المالَ بين الشركاء » ومنه : القسم بين النساء ، وهو إعطاء حقّهن في البيتوتة عندها ؛ للصحبة والمؤانسة ، لا في المجامعة ؛ لأنها تُبتنى على النشاط ، فلا يقدر على البيتوتة فيها كما في المحبة . انظر : التعريفات ص (١٧٥) . أنيس الفقهاء (١٥٢) .

(2) النشوز : الارتفاع . و النَّشْز : المكان المرتفع ، وجمعُه : نشوز . ونشزت المرأةُ : استعصت على زوجها ، وأبغضته وخرجت عن حسن المعاشرة ، وكذلك إذا نشز الرجل . انظر : مختار الصحاح ص (٦٦٠) . تصحيح التنبيه ص (١٠٩) .

أما المقدمة

فهي [1] أن الحقّ في النكاح مشترِكٌ بين الزوجين ، وإن كان بينهما تفاوُتٌ ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [2] إذْ لهنَّ النفقةُ ، والكسوةُ ، والمهرُ ، والقسْمُ ، كما لهم عليهنَّ الاستعدادُ للاستمتاع ، والتمكينُ ، والطاعةُ ، ولزومُ قَعْرِ البيتِ ، حتّى يمنعها عن زيارة الوالديْنِ ، وتشييعِ جنائزِهما وعيادتهما [3] ، وإن كان الأَوْلى أنْ يُرَخِّصَ في ذلك ؛ كَيْلا يؤدِّي إلى الوحشة وقطيعةِ الرحم .

ولكن [4] ليس للمنفردة في النكاح مطالبةُ الزوجِ بالمبيت عندها ، ولا بالوقاع ؛ اكتفاءً بدواعي الطَّبْع [5] ، والأَوْلى بالزوج أنْ لا يُخليهنّ عن الإيناس والوقاعِ ؛ تحصينًا لهنّ عن الفجور . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « لابُدَّ وأن يَبيت عندها في كل أربع ليالٍ ليلةً

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « فهو » والمثبت من (ب) .

(٢) من الآية (٢٢٨) من سورة (البقرة) .

(٣) انظر تكملة المجموع شرح المهذب (١٨ / ٩٧) فقد تعقب الشيخ المطيعي (رحمه الله) هذا الحكمَ من عدة أوجه .

(٤) في (ب) : « لكن » .

(٥) **مذهب الحنفية** – في مطالبة الزوجة زوجَها بالوقاع – : أنه يُجْبر عليه قضاءً مرةً واحدة ، والزيادةُ على ذلك تجب فيما بينه وبين الله تعالى ؛ من باب حسن المعاشرة .

ومذهب الإمام مالك : أن الجماع واجبٌ على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر ، ما لم يقصد إضرارًا بتركه .

ومذهب الإمام أحمد : وجوبُ الوطء في كل أربعة أشهر مرةً ما لم يكن عذرٌ . انظر : فتح القدير (٣ / ٤٣٥) . رد المحتار (٣ / ٢٠٢ وما بعدها) . المقنع ص (٢٢٤) .

وقد استدلَّ الشافعيةُ لمذهبهم باستدلال عجيب ، وهو القياسُ على سُكنى الدار المستأجرة ، وأن للمستأجر جواز الترك ، وقالوا أيضًا : إن الداعي إلى الاستمتاع الشهوةُ والمحبة ، ولا يمكن إيجابها . وهذا صحيح. وقد أعجبني ما قاله الإمام ابن تيمية حين سُئل عن رجل يصبر عن زوجته الشهر والشهرين ، لا يطؤها ، فهل عليه إثمٌ أم لا ؟ وهل يُطالب الزوجُ بذلك ؟ فأجاب (رحمه الله) بقوله :

« يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف ، وهو من أوكد حقّها عليه ، أعظم من إطعامها . والوطءُ الواجب ، =

[واحدةً] [١] ؛ لأنه أقصى ما يُمْكن في حقه أربع نساءٍ » [٢] . وذلك غيرُ سديدٍ ، بل لو كان له أربعُ نسوةٍ ، فأعرض عن جميعهنَّ ، لم يكنْ لهنَّ مطالبتُه [٣] . نعم ، إذا بات عند واحدة ، لزِمَه مثلُه في حقِّ الباقيات [٤] .

= قيل : إنه واجبٌ في كل أربعة أشهر مرةً . وقيل : بقدر حاجتها وقدرته ، كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته ، وهذا أصحُّ القولين » ا . هـ .

وما قاله الإمام ابن تيمية ، هو من أعدل الأقوال في هذه المسألة إن شاء اللّٰه . وانظر اختيارات الإمام ابن تيمية (٢ / ٦٤٣ - ٦٤٧) للدكتور أحمد موافي فقد أجاد في الاستدلال لهذه المسألة ، وأَوْفَى .

(١) زيادة من (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجب على الزوج البيتوتة عند الزوجة الواحدة ، فإن كان له أكثر من زوجة ، فليس عليه البيات أيضًا ، فإن بات عند إحداهنّ ، لزمه مِثْلُ هذا للأخرى أو للأخريات . انظر : الوجيز (٢ / ٣٦) . روضة الطالبين (٧ / ٣٤٤ وما بعدها) .

ومذهب الحنفية : أنه يجب على الزوج أن يبيت - عند زوجته المنفردة - ليلةً كلَّ أربع ليال . وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : مختصر الطحاوي ص (١٩٠) . المقنع ص (٢٢٤) . دليل الطالب ص (٢١٦) .

ومذهب المالكية : فيه خلاف في هذه المسألة ، فقيل بالندب ، وقيل بالوجوب ، والأظهرُ التفصيل بين أن تكون الزوجة لا تخشى البيات وحدها ، وبين أن تخشى ذلك ، ففي الأول الندبِ ، وفي الثاني الوجوب . والحاصل : أنه لا يجب عليه البَيَاتُ للمؤانسة والصحبة ، وإنما يجب عليه لأمرٍ آخر ، وهو الخوف عليها . انظر حاشية الدسوقي (٢/ ٣٤٠) .

(٣) في الأصل : « مطالبةٌ » ، وفي (ب) : « المطالبة » . والمثبت من (أ) وهو أليق .

(٤) قال الحموي : « قوله في القسم : (لو كان له أربع نسوة فأعرض عن جميعهن لم يكن لهن مطالبته ، نعم إذا بات عند واحدة لزمه مثلُه في حق الباقيات) ومعلوم أنه لا يلزمه المبيتُ عند الباقيات ؛ لأن المفهوم من المبيت الجماع ، والجماع لا يلزمه في القسم ؛ لما سيأتي ذكره في موضعه .

قلت : وإن كان كذلك إلا أنه قد يطلق [بات] على الإقامة ليلًا دون الجماع ، وأن يقال : إنما أطلق عليه ذلك ؛ لأنه في العادة لا يحول عن الجماع » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٨ /أ) .

ولا قسْمَ بين المُسْتَوْلَدات [1] والإماء، ولا بينهنّ وبين المنكوحات، بل له أن يفعل فيهنَّ ما شاء، [2] وإن كان الأَوْلى الإنصافَ بينهن [2]، وتركَ الإيذاءِ، لكنْ وجوبُ القَسْم من خاصية النكاح. هذه هي المقدمة.

* * *

(١) المستولدات: هن الإماء، اللاتي يُطلب منهن الولدُ، ويُتَّخَذْنَ لذلك. انظر: الاختيار لتعليل المختار (٤ / ٣٠).

(٢) في (ب): «وإنْ كان الأَوْلى رعايةَ النَّصَفِ بينهنّ».

أما الفصل الأول

فيمن يَسْتحقّ القسمَ ويُسْتحقُّ عليه

فنقول : المريضة والرتقاء ، والحائضُ ، والنفساءُ والمحْرِمةُ ، والتي آلى عنها زوجُها ، أو ظاهرَ ، وجميعُ أصنافِ النساءِ ، ممن بهنَّ [١] عذرٌ شرعيٌّ أو طبعيٌّ : يثبت لهنّ استحقاقُ القسْم ؛ لأن هذه الأشياء [٢] تمنع الوطءَ ، ومقصودُ القسْمِ السَكنُ ، والأُنْسُ ، والحذرُ من التخصيصِ المؤْذِي .

أما الناشزة فلا تستحقُّ ، حتى لو كان يدعوهن إلى منزله ، فامتنعتْ واحدةٌ في نَوْبتها : سقط حقّها ؛ إذ يجب عليهنَّ الإجابةُ ، إلا إذا كان يُسَاكن واحدةً ، ويدعو الأخرى فامتنعتْ ، فيحتمل ألَّا تُجْعل ناشزةً حتى يجب عليه أن يأتيَهُنّ أو يدعوَ جميعَهن ؛ إذ مساكنةُ واحدةٍ ، تخصيصٌ مُوحِشٌ . ويُحْتمل أن يترخَّص في هذا القدر من التخصيص .

أَمَّا المُسَافِرةُ - بغير إذنه - فناشِزةٌ [٣] . وإن سافرت - في غرضه [٤] - بإذنه ، فَحَقُّها / ١٨١/أ قائمٌ [٥] ، وتستحقُّ القضاءَ . وإن كان في غرضها فقولان ، والجديد الصحيح :

أنها لا تستحقُّ القضاء ؛ لأنها مشغولةٌ بغرضِ نفسها .

أما مَنْ يُستحقّ عليه : فهو كلُّ زوجٍ حتى المجنون ، قال الشافعي (رضي الله عنه) : « على الوليِّ أن يطوفَ به على نسائه » [٦] . ويُحتمل أن يُقال : لا يجب على الوليّ ذلك ؛ إذِ العاقلُ لو امتنع عن الكلِّ : جاز ذلك ، وكذا المجنونُ ، ولكنَّ العاقل يكتفي بداعيته الباعثة ، والمجنونُ

---

(١) في (أ) : « ممن به » . وفي (ب) : « ممن لهنّ » .

(٢) في (أ) : « لأن هذه الأسباب » .

(٣) في الأصل و (أ) ، (ب) : « ناشزة » بدون الفاء .

(٤) في (ب) : « في غرض » .

(٥) في (أ) : « باقٍ » .

(٦) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥ / ١٩١) وفي مختصر المزني ص (١٨٥) .

بخلافه ، فلا يَبْعُد أن يجب على الوليِّ ذلك .

فإن قلنا : يجبُ ، فعليه مراعاةُ البَيْتُوتة[1] . وإن قلنا : لا يجب على الوليِّ ذلك ، فلو حمله إلى واحدةٍ ليلةً ، يلزمُه مِثْلُ ذلك لغيرها . ويحتمل أن يقال : التخصيصُ إنما يَثْقُل من الزوج ، وهذا من الوليِّ ، فلا يَعْظُم ضَرَرُه .

وأما السَّفِيهُ فلا شكَّ في وجوب القسْم عليه ؛ لأنه مكلَّفٌ .

فرع : لو كان يُجَنُّ ويُفِيق ، وأمكن الضبطُ ، فلا يجوز تخصيصُ واحدةٍ بالإفاقة . وإن لم يمكن ، فأفاق في نَوْبة واحدة ، ففي كلام الشافعي (رضي الله عنه) ما يدل على أنه يَقضي للأخرى يوم الجنون ؛ لِنُقْصَان حقها .

* * *

---

(١) في (ب) : « التسوية » .

الفَصْلُ الثّاني

في مكان القَسْم ، وزمانِه ، وعددِه

أما المكانُ : فلا ينبغي أن يَجْمع بين الضّرَّتيْنِ في مسكن واحد ، إلا أن تنفصل المرافقُ ؛ فإنّ ذلك ظاهرٌ في الإضرار . ولو كُنَّ في بيوتهن ، وكان يستدعي كلَّ واحدة إلى منزله : جازَ ، وعليهن الإجابةُ .

وأما الزمانُ : فعِمادُه الليلُ ؛ لأن الله تعالى جعلَ الليلَ سكنًا إلا في حقِّ الأَتُّوني [1] والحارسِ ، فالأصلُ في حقّهما النّهارُ ، وأما في حق العامة ، فالنهار تابعٌ ، وتظهر التبعية في أمرين :

أحدهما : أنه لا يجوزُ له أن يدخل في نوبةِ واحدةٍ على ضَرَّتها إلا لضرورةٍ ، كمرضٍ مخوف ، أو مرضٍ يُمْكن أن يكون مخوفًا ، فيستبين حقيقةَ الحال ؛ ليعودَ فارغَ القلب . وقيل : إذا لم يتحققْ أنه مخوفٌ لم يَجُزِ الخروجُ .

فإن خرج إليها بغير عذر : عَصَى ، ويَقْضي لها [2] من نوبةِ ضَرَّتها إنْ بلغَ مكثُه ثلث الليل ، هكذا قَدَّرَهُ القاضي حسين (رحمه الله) وهو قريبٌ من التحكُّم ، بل الوجه أن لا يُقَدَّر ، بل يجب عليه قضاءُ مثله كيفما كان ، لكنْ ظاهر المنقول أنه إذا لم يكن مكث ، فيقتصر على التَّعْصية ولا يجب القضاء .

وأما بالنهار : فليس عليه ملازمةُ النساءِ ؛ إذ يشتغل بالكسب ، بل إذا أراد أن يعود لوضوء أو طعامٍ ، فيرجع إلى بيتِ صاحبةِ النوبة . فإنْ دخل على ضَرَّتها بالنهار [3] ، ففيه ثلاثُ طرق [4] :

---

(١) الأتون - بالتشديد - : الموقد ، والعامةُ تُخفّفه ، ويكون للحمّام والجيّار ، والخباز . والأَتُّوني : هو من يتولّى إيقاده . انظر : مختار الصحاح ص (٤) . المصباح المنير (١ / ٨) . القاموس المحيط ص (١٥١٥) مادة (أ ت ن) .

(٢) في (أ) : « وقضى لها » .

(٣) يعني إذا دخل لغير حاجة ، أما إذا دخل لحاجة - كعيادتها أو تَعَرُّفِ خبرها - فجائزٌ ، ولا يُطيل المكْثَ .

(٤) في (أ) : « ففيه ثلاثة طرق » وهو صحيح أيضًا .

أحدها : أنه كالليل .

والثاني : أنَّ ذلك لا حَجْرَ فيه ؛ لأنَّ النهار تَبَعٌ ، وهو وقت الانتشار ، وليس فيه استحقاقُ ملازمةٍ حتى يفوتَ بسبب الدخول على الضَرَّة .

والثالث : أن ذلك يجوزُ لغرضٍ مُهِمٍّ وإن لم يكن بمرضٍ [١] مخوف ، ولا يجوز بالليل إلا بمرض مخوف [٢] .

فإن تعود الانتشار في نوبةٍ واحدةٍ ، وملازمةِ الأخرى [٣] ، فيظهر المنعُ في ذلك .

الأمر الثاني : لو جامَعَها في نوبة ضرتها ، عَصَى بالإضرار . ولكن إن جرى بالليل ، ففيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يَقْضي مثل تلك المدة إنْ طالتْ ، ولا يُكَلَّف الوِقَاع [٤] .

الثاني : أنه أفسد تلك الليلةَ ، فلو عاد إليها لا يُعْتدُّ به [٥] ؛ لأنَّ المقصودَ قد فات ، فيقضي تمام الليل وإن عاد إليها .

والثالث : أنه يلزمه [٦] قضاءُ الوقاع في نوبة الموطوءةِ فقط . وإنْ جرى بالنهار ، احتمل الاقتصار على التَّعْصية ، ويُحْتمل أن يُجْعل ذلك كالليل .

فأما المقدار : فأقلُّه ليلةٌ . وإن [٧] أراد أن يُنَصِّف لم يَجُزْ : لأنه يتنغَّصُ العيش إذَا بَتَرَ الليلَ .

وأما الأكثر ، فقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « وأكْرَهُ مجاوزةَ الثلاث » [٨] أي : يجوز

---

(١) في (ب) : « لمرض » .

(٢) رجحه في الوجيز (٢ / ٣٧) وعليه فلا قضاء على الزوج . وانظر الروضة (٧ / ٣٥٠) .

(٣) في (أ) : « وملازمة أخرى » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٧ / ٣٤٩) .

(٥) في (ب) : « لا يعتد بها » .

(٦) في (ب) : « يلزم » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ولو » .

(٨) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٨٥) .

أن يبيت ثلاث ليال عند واحدة، وثلاثًا عند أخرى. ومنهم من قال: لا يجاوز الثلاث؛ إذ لا مَرَدَّ بعده [1]. ومنهم من قال: يجوز إلى السبع؛ فإنه مدةُ ملازمةِ البكر أوّلا. ومنهم من قال: لا تقدير، والاختيارُ إلى الزوج، وإنما عليه التسويةُ فقط.

فرع: إذا قَرّر القَسْمَ على مقدارٍ، فالبدايةُ ينبغي أن تكون بالقرعة، وقيل: هو إلى خِيرة الزوج؛ لأنه ما لم يَبِتْ عند واحدة لا يلزمه [2] للأخرى حقٌّ.

* * *

---

(١) ورجحه في الوجيز (٢/ ٣٨). وقال في الروضة: «ولا تجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضاهن - على المذهب». روضة الطالبين (٧/ ٣٥٢).

(٢) في (ب): «لا يلزم».

الفصل الثالث

في التفاضل

وله سببان :

الأول : الحرية : وللحرة ليلتان ، وللأمةِ ليلةٌ ؛ لما رَوَى الحسنُ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « للحرة ثُلُثَا القَسْم ، وللأمة الثلث » [١] وقال / مالك : « يُسَوِّي بينهما » [٢] . وهو ضعيفٌ؛ ١٨١/ب للخبر ؛ ولأن حقَّ الأمة فيه نُقْصانٌ ، وقد يتضرَّر بِرِقِّ ولدها ، فله الحذرُ من ذلك .

فرع : لو طرأ العتق عليها ، نظر : فإن كان قد [٣] بدأ بالحرة [٣] ، فلها ليلتان ، وللأمةِ ليلةٌ . فإذا عَتَقَتْ في هذه الأيام الثلاثة - إمَّا في نوبةِ الحرةِ ، أو في نَوْبتها - التحقتْ بالحرة الأصلية حتى تستحق استكمالَ يومينْ . فإن عَتقت بعد تمام يومِها : اقتصرت على يومها ، ووجبَ التسويةُ بعدَ ذلك .

وإن بدأَ بها ، فعتقت قبل انقضاء يومها ، صارت كالحرة الأصلية . وإن عتقت بعد انقضاء يومها ، فقد تَمَّ استحقاقُ الحرة ليومين ، فوجب تَوْفِيَةُ اليومين ، ثم بعد ذلك [٤] يُسَوِّي بينهما .

---

(١) حديث ضعيف . قال الحافظ ابن حجر : رواه أبو نعيم في « المعرفة » من حديث الأسود بن عويم ، سألت النبي ﷺ عن الجمع بين الحرة والأمة ، فقال : « للحرة يومان ، وللأمة يوم » قال الحافظ : وفي إسناده على بن قرين ، وهو كذاب . انظر التلخيص الحبير (٣ / ٢٢٧) . ورواه البيهقي - بغير هذا اللفظ - بإسناده عن علي (رضي الله عنه) موقوفًا بلفظ : « إذا تزوجت الحرة على الأمة ، قسم لها يومين وللأمة يومًا » .

وروى البيهقي أيضًا عن سليمان بن يسار قال : « من السنة ، أن الحرة إن أقامت على ضرار ، فلها يومان ، وللأمة يوم » . السنن الكبرى (٧ / ١٧٥) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن للحرة ليلتين ، وللأمة ليلة . وهو مذهب الحنفية والحنابلة . انظر : المنهاج ص (١٠٤) . الغاية (٢ / ٧٦٩) . مختصر الطحاوي ص (١٩٠) . المقنع ص (٢٢٥) .

مذهب المالكية : هو أن يُسَوّي بينهما في البيتوتة . ورُوي عن مالك روايةٌ توافق قول الجمهور . انظر : الكافي ص (٢٥٧) . الإفصاح (٢ / ١٤٢) .

(٣) في (ب) : « بدأ بها » .

(٤) قوله : « بعد ذلك » ليس في (أ) .

السبب الثاني : في تجدُّدِ النكاح . فإن نكح ثيبًا ، فله أن يبيت عندها ثلاثًا ، ولا يقضي للباقيات ، بل يُسَوِّي بعد ذلك ، [(1] ويبيتُ عند البكر سبعًا ، ثم يُسَوّي بعد ذلك [1)] . فإن طلبت الثيبُ زيادةً على الثلاث فأجابها : بطل حقُّها من الثلاث ، ووجب قضاءُ الجميعِ للباقيات ؛ لما رُوي أنه ﷺ تزوَّج أمَّ سلمةَ ، وبات عندها ثلاثًا ، فلما انقضتْ ، تعلَّقت به ، فقال : « إنه ليس بكِ على أهلكِ هوانٌ [(2)] ، وإن شئتِ سبَّعْتُ عندكِ وسَبَّعْتُ عند هنَّ ، وإن شئتِ ثَلَّثْتُ عندك ، ودُرْتُ عليهِنَّ » [(3)] . وشَبَّهَ الأصحابُ هذه المسألةَ بما لو استحقَّ القصاص في المرفق ، فقطع من الكوع ، سقط حقُّه من أَرْش السَّاعد .

ولا خلاف في أنه لو أقام باختياره دون التماسِها ، لم يبطل حقُّها . وبالغَ الأصحابُ في الاقتصار على الخبر ، وقالوا : لا يبطل حقُّها إلا في صورةِ ورودِ الخبرِ ، حتى لا يبطل حقُّ البكر من السبع أصلًا وإن استزادت ، ولا حقُّ الثيبِ إنْ أقام عندها خمسًا بالتماسها حتى يقيم السبعَ .

وليس يَبْعُد عندي أن يكون ذلك مُعَلَّلًا بحسْمِ بابِ التحكُّم والاقتراحِ عليها ، فيطرد ذلك في جميع الصور ، لكن هذا ما وجدتُه منقولًا في المذهب .

فرع : لو كانت الجديدة أَمَةً ، فلها مثلُ حقِّ الحرة [(4)] في الثلاث أو السبع [(5)] ؛ لأنّ هذا يُرَاد

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٢) في الأصل : « ليس على أهلك هوان » . وفي (ب) : « ليس على أهون » والمثبت من (أ) .

(٣) حديث صحيح : رواه مالكٌ بهذا الفظ في الموطأ (١ / ٥٢٩) (٢٨) كتاب « النكاح » (٥) باب « المقام عند البكر والأيم » بدون قوله : « عليهن » . ورواه مسلم في صحيحه (٢ / ١٠٨٣) (١٧) كتاب « الرضاع » (١٢) باب « قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزواج » حديث (١٤٦٠) . ورواه أبو داود (٢ / ٥٩٤) حديث (٢١٢٢) وابن ماجه (١ / ٦١٧) حديث (١٩١٧) جميعًا من طرق عن عبد الملك بن أبي بكر عن أبيه عن أم سلمة (رضي الله عنها) مرفوعًا .

(٤) في (أ) : « فلها مثل نصف الحرة » وهو خطأ .

(٥) قال الحموي : « قوله : (إذا كانت الجديدة أمَةً فلها مثل حُقّ الحرة في الثلاث أو السبع) .

فإن قيل : كيف نتصور أن تكون الجديدةُ أمةً في حق الحر ؛ فإنه إذا عقد أولًا على الحرة امتنع نكاحُ الأمة كما لا يخفى ؟.

قلت : يُتَصَوَّر ذلك في حق العبد على الإطلاق ، وفي حق الحر فيما إذا كانت الزوجة رتقاء أو قرناء أو ضيقة =

لحصول الأُلْفةِ والأُنْس ، وذلك يتعلق بالطبع - كمدة العُنَّة - ليُسَوِّيَ بينهما [1] . وفيه وجهٌ : أنه يُنَصَّف .

ثم سبيلُ التَّنْصيفِ هاهنا ، تنصيفُ الليلة ، ولا نُبالي بذلك بخلاف الأقْراء في العدّة ، فإنَّه لا يَقْبل التنصيفَ [2] .

* * *

= الحلقة بحيث لا يمكن وطؤها ، فإنه يتزوج الأمة بعد الحرة . وفي حق العبد ظاهر فإنه له أن يتزوج أولًا حرة بعدها أمة لما لا يخفى وعلى العكس منه » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٨ / أ ، ١٤٨ / ب) .

(١) في (أ) : « فَلْيُسَوِّ بينهما » وهو أليق .

(٢) في (أ) : « التنصُّف » .

الفصل الرابع

في الظلم ، ووجوب القضاء

وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : لو كان تحته ثلاثُ نسوة ، فبات عند اثنتين : عشرين ليلةً بالسوية [1] ، فقد استحقت الثالثةُ عَشْرَ ليالٍ [2] ، فيقضيها على الولاء ، وليس له أن يُفرِّق ، فيبيتَ عندها ليلتين ، وعند كلِّ واحدةٍ ليلةً ؛ لأن هذا حَقٌّ مجتمع [3] في ذِمَّتِه ، فلْيقْضِه [4] من غير تأخير ، ومن ضرورته الولاءُ .

فلو كانت المسألة بحالها ، فنكح جديدةً ، فلها الثلاثُ أو السبعُ [5] ، ويشتغل بالقضاء بعد ذلك . لكن لو أقام عند المظلومة عشرَ ليال لصارت الجديدةُ مظلومةً [6] فسبيلُه أن يبيت عند المظلومة [6] ثلاثَ ليالٍ ، وعند الجديدة ليلةً ، وهكذا حتى تنقضي ثلاثُ نُوَبٍ ، وقد وفَّاها تسْعَ ليالٍ . واعترض إشكالٌ ، وهو أنه لو بات العاشرةَ للقضاء ، ثم استأنف القَسْمَ ، لم تعد النوبة إلى الجديدة إلا في خمس ليال ، وذلك ظُلْمٌ عليها ، قال الشيخ أبو محمد : هذا القدرُ من الظلمِ ينبغي أن يُحْتمل ؛ للضرورة . وقال غيره : سبيلُ العدلِ إذا بات عندها العاشرةَ أن يبيت عند الجديدة بعده ثلثَ ليلةٍ ، ثم يخرج إلى صديقٍ أو مسجدٍ بقيةَ الليل [7] حتى يندفعَ الظلمُ ؛ إذ

---

(١) في (أ) : « بالتسوية » .

(٢) في الأصل : « ليالي » بإثبات الياء ، وهو خطأ ، والصوابُ حَذْفُها كما هو ثابت في (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « يجتمع » .

(٤) في (ب) : « فَلْيَقضها » .

(٥) يعني إن كانت بكرًا فلها سبعة أيام ، وإن كانت ثيبًا فلها ثلاثة .

(٦) ما بين الرقمين غير واضح في الأصل ، وواضح في (أ) ، (ب) .

(٧) قال الحموي : « قوله فيه : (ولو كان عندة ثلاث نسوةٍ فبات عند اثنتين عشرين ليلة بالسوية فقد استحقت الثالثةُ عشرَ لَيالٍ ، فيقضيه على الولاء وليس له أن يفرق فيبيت عندها ليلة وعند كل واخدة ليلة ؛ لأن هذا حق مجتمع في ذمته فليقضه من غير تأخير ومن ضرورته الولاء ، ولو كانت المسألة بحالها فنكح جديدة فلها الثلاث أو السبع ويشتغل بالقضاء بعد ذلك ، لكن لو أقام عند المنكوحة عشر ليال صارت الجديدةُ مظلومةً ، فسبيله : أن يبيت عند المظلومة ثلاثَ ليال وعند الجديدة ليلة وهكذا حتى تُقضي ثلاثُ نُوَبٍ وقد وفَّاها تسع ليال . واعترض إشكال =

....

= أنه لو بات عند العاشرة للقضاء ثم استأنف القَسْم لم تَعُدِ التوبةُ إلى الجديدة إلا في خمس ليال ، وذلك ظلمٌ عليها .

قال الشيخ أبو محمد : « هذا القدر من الظلم ينبغي أن يحتمل للضرورة ، وقال غيره : سبيلُ العدل إذا بات عند العاشرة ليلةً أن يبيت عند الجديدة بعده ثلثَ ليلة ثم يخرج إلى صديقٍ أو مسجد بقية الليلة) .

قلت : ما ذكره الشيخ في هذه الصورة مشكلٌ فإنه يُحْتمل هذا القدرُ للضرورة على تقدير صحة هذا النقل ، وقد رأيت المنقولَ خلافَ ما ذكره الشيخ من غير إلتزام إشكال .

قال صاحب الشامل فيه : « فلو كان له ثلاثُ نسوةٍ فقَسَمَ لاثنتين منهن ثلاثين يومًا وظلم الثالثة وتزوج عليها جديدةً وأراد أن يقضي للمظلومة ، فإن الجديدة إن كانت بكرًا خصَّها بسبع ، وإن كانت ثَيِّبًا خصها بثلاث ثم قسم ثلاثةً للمظلومة وواحدةً للجديدة حتى تمضي خمسةُ أدوار فتستوفي المظومةُ حقَّها ، فعلى هذا [يزول] الإشكال .

قلت : وإن كان هذا المثال كذلك لكن ما نقله ذكره الشيخ في النقل صحيح ؛ فإنه نقل أيضًا صاحب الشامل وذكر القاضي وقال : لو قسم لاثنتين ، على ما ذكره الشيخ وقال : ذلك وقع سهوًا منه ولو كان عشرين لكان يقسم للمظلومة ثلاثًا وللجديدة ليلةً ثلاثةَ أدوارٍ ، فيحصل للمظلومة تسعُ ليالٍ وتبقى لها ليلةٌ فيكون عندها ليلةً وعند الجديدة ثلثَ ليلة .

فإن قيل : فلم سمَّى الشيخُ الثالثة مظلومةً ولم يُسَمِّ الجديدة ؟ وما كان ذلك إلا لاحتمال أن يتقدم عليهما فتكون مظلومةً ، وعلى تقدير أن يفعل ذلك تصير الجديدةُ مظلومةً من حيث إن حقها على الولاء ، وعلى ذلك التقدير لا يحصل لها ذلك فتكون مظلومة أيضًا .

قلت : ما ذكره الشيخ صحيح وكأنه نقل عن القاضي ما ذكره صاحبُ الشامل ، فعلى هذا لو بات رجلٌ عند اثنتين عشرين ليلة مثلًا استحقت الثالثةُ عشر ليال ، وإذا تزوَّج جديدةً وهي ثيبٌ استحقت إما الثلاث في غير قضاء أو السبع مع القضاء ، فإن قدمنا المظلومة فات حقُّ الجديدة فسبيله : أن يفعل ما طريقه العدل على حسب الإمكان ، وإذا كان كذلك .

قلت : إنما سميت الثالثة مظلومةً ، لكون الزوج تزوج عليها فمنعها حقَّها متواليًا . ألا ترى أنه لو لم يتزوج لكانت تستحق العشرةَ الأخيرة ، وهذا المعنى لم يوجد في حق الجديدة من حيث إنها لم يتقدم لها حقٌّ وإنما وقع التفريق ضمنًا وتبعًا كما لا يخفى ، وما وقع من التعليل في حقها إنما كان بطريق تقليل الظلم دون انتفائه بالكلية فإنه يفرق فيه على المظلومة حقها ، وبه خرج الجواب .

فإن قيل : فقد ذكرتم أن القسم لا يكون بعض ليلة وهنا يبيت عند الجديدة ثلث ليلة .

قلت : القياس يقتضي عدم جوازه لكن لما وقع ضروريًّا جوزناه كما لو بات عند واحدة نصفَ ليلة ثم أخرجه السلطان ، ولأنه يُشترط في الابتداء ما لا يشترط في الدوام ، وإذا كان كذلك انتفى الإشكال بكل حال » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٩ / ب - ١٥١ / أ) .

يثبت بهذه الليلة للجديدة مثلُ ما يثبت للأُولَيَيْنِ ، وحِصَّةُ كلٍّ واحدة من الأُولَيَيْنِ من هذه الليلة : الثلثُ ، ولها أيضًا ثلثُ ليلة ، فيوفِّيها في ليلة أُخرى ، ويستقيم الحسابُ من ليلة وثُلُث .

الثانية : إذا بات عند واحدة نصفَ ليلة ، فأخرجه السلطانُ ، أو خرج قصدًا : يلزمُه أن يبيتَ عند ضَرَّتها نصفَ ليلةٍ ، ثم يخرج في مثل ذلك الوقت إلى صديق . ويُحتمل التنصيف في القضاء ، ثم بعد ذلك يستأنف الحساب .

الثالثة : إذا وهبت واحدةٌ نوبتها ، صحت الهبة ، ولها الرجوع متى شاءت [1] في المستقبل ، فلو بات ليلةً بعد الرجوع [2] وقَبْلَ بلوغ الخبر ، لم يلزْمه القضاءُ [3] ، كما لو أباح تناولَ ثمارِ بستان ثم رجع . فما تناولَ قبل بلوغِ الخبر فلا ضمانَ فيه . ومنهم من قال : مسألة القَسْمِ تُخَرَّج على القولين [4] في عَزْل الوكيل [5] .

ثم لِهِبَتِها ثلاثُ صِيَغ :

الأولى : أن تَهَبَ نوبتها من واحدة ، فليس للزوج أن يقول : أسقطتُ حقَّكِ ، فأنا أصرفُ الليل /أ إلى مَنْ شئت ، بل هو هبةٌ بشرطٍ ؛ فيجب الاتباع ، وكذلك فعلت سودةُ ، ووهبتْ نَوْبتها [6] من عائشةَ (رضي الله عنها) [7] . ١٨٢/أ

---

(١) في (ب) : « شاء » وهو خطأ واضح. (٢) يعني بعد رجوع الواهبة في هبتها .

(٣) وهو المذهب كما في الوجيز (٢ / ٣٩) والروضة (٧ / ٣٦٠) .

(٤) في (ب) : « على قولنا » .

(٥) يعني في عزل الوكيل قبل علمه بالعزل ، فالذي تَصَرَّف فيه – بعد عزله وقبل علمه – هل ينفذ ؟ المذهب : أنه لا ينفذ ، بل ينعزل في الحال وإن لم يبلغه الخبر . انظر المنهاج ص (٦٦) .

(٦) في (أ) : « إذ وهبت نوبتها » .

(٧) رواه البخاري (٩ / ٢٢٣) (٦٧) كتاب « النكاح » (٩٨) باب « المرأة ، تهب يومها من زوجها لضرتها ، وكيف يقسم ذلك ؟ » حديث (٥٢١٢) بإسناده عن عائشة (رضي الله عنها) « أن سودة بنت زمعة ، وهبت يومها لعائشة فكان النبي ﷺ يقسم لعائشة بِيَوْمِها ، ويومِ سودة » ورواه مسلم أيضًا (٢ / ١٠٨٥) حديث (١٤٦٣) وأبو داود (٢ / ٦٠١) حديث (٢١٣٥) وابن ماجه (٦٣٤/١) حديث (١٩٧٢) جميعا من طرق عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة .

فلو أَبَتِ الموهوبُ منها ، فللزوج أن يَقْهرها على ذلك ؛ إذ ليس هذه هبةً منها حتى تَفْتقِر إلى القَبول ، بل هي هبةٌ من الزوج ، ولذلك يجوز للزوج أن يمتنعَ ويبيت عند الواهبةِ قهرًا . ثم قال العراقيون : إن كانت [١] نوبةُ الموهوب منها [٢] متصلةً بنوبة الواهبةِ ، بات عندها ليلتينْ . ([٣]وإن لم يكن ، فهل له أن يُوصِلها عندها بين ليلتين ؟ [٣]) فيه وجهان .

الصيغة الثانية : أن تقول : « وهبتُ منك » مطلقًا ، فقد صارت كالمعدومة ؛ فيسوِّي بين الباقيات .

الصيغة الثالثة : أن تقول : « وهبتُ منك ، فخصِّصْ مَنْ شئْتَ منهنّ » فالظاهرُ : أنه ليس له التخصيصُ [٤] ؛ فإن هذا يُورث الغيظَ ، بخلاف ما إذا وهبتْ من واحدة .

فرع : إذا ظلمها بعشر ليال مثلًا ، وجب القضاءُ . فإن طلّقها تعذَّر القضاءُ ، وبقيت المظلمةُ إلى القيمة . فإن راجعها وجبَ القضاءُ . فإن أَبَانَها ثم جدَّد النكاحَ ، وجب القضاءُ [أيضًا] [٥] . وقيل : يُبْنَى على عَوْدِ الحنث . وهو ضعيفٌ [٦] ؛ لأن المظلمةَ باقيةٌ ، فلابُدَّ من التقضِّي ، وإنما يمكن القضاءُ إذا عادتْ وعنده تلك النسوةُ التي ظلمها بِهِنَّ فإن نكح جديداتٍ ، فلا يمكنُ القضاءُ إلا بظلم الجديدات ، فقد تعذَّر القضاء .

* * *

---

(١) في (أ) : « لو كانت » .

(٢) في الأصل و نسخة (أ) : « الموهوبة » والمثبت من (ب) وهو الصواب لغة ، والفقهاء يتساهلون في مثل هذه الموصولات بالحذف أو عدم الذكر .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٤) في الأصل : « التخصص » .

قال الحموي : « قوله فيه : (الصيغة الثانية أن تقول : وهبت منك مطلقا ، فقد صارت كالمعدومة فيسوي بين الباقيات .

الثالثة : أن تقول : وهبت منك فخُصَّ من شئت منهن ، قال : ظاهر أن له التخصيص) .

قلت : « المذكور في النسخ كلها « وهبت منك » والصيغة الثالثة تدل عليه والصواب : « وهبت منكن » وأما إذا وهبت منه فقد ذكر العراقيون أن للزوج أن يخصص بها من شاء .

قلت : « ولا يبعد أن يكون مذهب الخراسانيين مخالفًا لمذهب العراقيين » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٨/ب) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (أ) : « وهو بعيد » .

الفصل الخامس

في المسافرة بِهِنَّ

فنقول : مَنْ أنشأ سفرًا في حاجة على قصد الانصراف عند نَجَازِ حاجتِه (١) : فعليه أن يُقْرِعَ بينهنَّ . فإذا استصحبَ واحدةً بالقرعة ، لم يلزمْه قضاءُ أيامِ السفر للمخلَّفات ؛ لما روتْ عائشةُ (رضي الله تعالى عنها وعن أبيها) (٢) أنّ رسول الله ﷺ « كان إذا أراد سفرًا ، أقرعَ بين نسائه واستصحب واحدةً » (٣) . ثم ظهر أنه كان إذا عاد يدور على النوبة ؛ فصار سقوط القضاءِ من جملة رُخَصِ السَّفر على (٤) خلاف القياس . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يجب القضاء (٥) .

وهذه الرخصةُ وردتْ مقرونةً بأربعةِ أوصافٍ مُؤَثِّرة ؛ فلا يجوزُ حَذْفُها :

الأول : أنه (عليه السلام) أَقْرَعَ ؛ فمن استصحب واحدة بغير قرعةٍ ، لزمه القضاءُ وعصى بالتخصيص ، وهذا كما أنه لو أقام عند واحدة لتمريضها ، قَضَى للباقيات إن سَلِمَتْ . وإن ماتت ، فقد فات القضاء [لأنه لم يَبْقَ لها نوبةٌ حتى يقضي منها] (٦) نعم ، لا يعصى إن كان

---

(١) يعني عند قضاء حاجته . انظر المصباح المنير (٢ / ٩١٦) مادة (ن ج ز) .

(٢) قوله : « وعن أبيها » زيادة من (ب) .

(٣) الحديث رواه البخاري (٩ / ٢٢٠) (٦٧) كتاب « النكاح » (٩٧) باب « القرعة بين النساء إذا أراد سفرًا » حديث (٥٢١١) ورواه مسلم (٤ / ١٨٩٤) حديث (٢٤٤٥) وأبو داود (٢ / ٦٠٣) حديث (٢١٣٨) وابن ماجه (١ / ٦٣٤) حديث (١٩٦٠) جميعًا من طرق عن عائشة (رضي الله عنها) به .

(٤) كلمة « على » ساقطة من (أ) .

(٥) هذا النقل عن مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) فيه نظر ، بل ليس صحيحًا بالمرة . قال الكاساني (رحمه الله) في بدائع الصنائع (٢ / ٣٣٣) : « ولا قسْمَ على الزوج إذا سافر ، حتى لو سافر بإحداهما ، وقدم من السفر ، وطلبت الأخرى أن يسكن عندها مدة السفر ، فليس لها ذلك ؛ لأن مدة السفر ضائعة ؛ بدليل أن له أن يُسَافر وحده دونهن ، لكن الأفضل أن يُقْرِع » ا. هـ. وقال المرغيناني في « الهداية » (١ / ٢٤٢) : « وله أن يُسَافر بواحدة منهن ، ولا يُحتسب عليه بتلك المدة » . وانظر الاختيار لتعليل المختار أيضًا (٣ / ١١٧) .

(٦) زيادة من (أ) .

المرض مخوفًا ولا مُمرِّضَ سواه .

فإن كان مخوفًا ، ولها ممرضٌ سواه - أو لا ممرضَ ، ولكن ليس بمخوف - ففي جواز الإقامة عندها - بهذا العذر - وجهان .

الثاني : أن لا يعزم على النُّقْلة [1] . فَيَحْرُم أن يعزم على النقلة ، ويخلِّف نساءه ؛ لأنه لا يطالب بالتحصين [2] ؛ اكتفاءً بداعية الطبع ، وإذا انتقل انقطع ذلك [3] . فإن استصحب واحدة - ولو بالقرعة - عَصَى ، ولزم [4] القضاءُ للباقيات وعليه الرجوع . وهل يلزمُه القضاءُ لأيامِ الرجوعِ ، وهو مشتغلٌ بامتثال الأمر ؟ فيه وجهان . والظاهرُ وجوبُه .

الثالث : أن يكون السفرُ طويلًا ، لِيكونَ تَعَبُها ومشقةُ السَّفرِ في مقابلة ما فازتْ به من الصحبة . فأما السفر القصير ، فهو بالتَّفَرُّجِ أشبه ؛ فلا يسقط القضاءُ ، فلا يكون في معنى مَوْرِد الخبر . وقال الشيخ أبو محمد : يحتمل أن يُلحق هذا بالرخص الذي يفيده السّفر القصير .

الرابع : أن لا ينتظر في مقصده لإِنْجازِ حاجتِه . فإن عزم الإقامة بها مدةً ، لزمه قضاءُ تلك الأيام [5] ؛ لأن تَعَبَ السفرِ قد انقطع فهي متودعة ، فكيف تفوز بالصحبة ؟ . وإن لم يعزم على الإقامة [6] ، لكن أقام يومًا واحدًا مثلا ، فهذا القدرُ تابع للسفر ، فلا قضاءَ فيه ، وإن كنا نرى أنه لا يترخَّص بالفطر وغيره . وإن طالت إقامتُه من غيرِ عزمٍ ، ولكن في انتظار نَجازِ الحاجة [7] ، ففي

---

(١) النُّقْلة : اسم مصدر من « الانتقال » وتعني انتقال القوم من موضع إلى موضع . انظر : مختار الصحاح ص (٦٧٧) . تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٣ / ٢ / ١٧٣) . المصباح المنير (٢ / ٩٦٣) مادة (ن ق ل) .

(٢) في (أ) : « بالتخصيص » وهو خطأ .

(٣) يعني أن الزوج إذا انتقل إلى مكان وخلف نساءه ، انقطع توقُّعُ وطئه لنسائه ، وذلك يُوقِعُهنّ في حرج ، مع أنه لا يُطَالَبُ بالوطء ؛ استنادًا إلى داعية الشهوة فيه ، فإذا تركهنّ ، لم يكن لهنّ فيه مطمع .

(٤) في (ب) : « ولزمه » .

(٥) في (ب) : « المدة » .

(٦) في (ب) : « وإن لم يعزم الإقامة » وهو صحيح أيضًا ؛ لأن الفعل « عزم » يتعدى بنفسه ، ويتعدّى بالحرف أيضًا . انظر المصباح المنير (٢/٦٢٤) مادة (ع زم) .

(٧) قال الحموي : « قوله فيه : (الثاني : أن لا يعزم على النقلة ، فيجوز أن يعزم على النقلة ويخلف نساءه ؛ لأنه لا =

ترخُّصه خلافٌ [١] . فإن قلنا : يترخص ، فلا قضاء . وإن قلنا : لا يترخص ، فيلزمه القضاء [٢] .

فروع ثلاثة

الأول : لو [٣] لزمه قضاء أيام الإقامة بالعزم ، فإذا توجه للرجوع ، ففي لزوم قضاءِ أيام الرجوع وجهان :

= يطالب بالتخصيص ، اكتفاءً بداعية الطبع ، وإذا انتقل انقطع ذلك ، فإن استصحب واحدة ولو بالقرعة عصى ولزمه القضاءُ للباقيات وعليه الرجوع ، وهل يلزمه القضاءُ لأيام الرجوع وهو مشتغل بامتثال الأمر ؟ فيه وجهان . أصحهما وجوبه .

الثالث : أن يكون السفر طويلًا ليكون تعبُها ومشقة السفر في مقابلة ما فات به في الصحبة ، وأما السفر القصير فهو بالتفرج أشبه فلا يسقط القضاء ولا يكون في معنى ورود الخبر وقال الشيخ أبو محمد : يحتمل أن يلحق هذا بالرخص التي تفيد السفر القصير .

الرابع : ألا تنتظر في مقصده إلا إيجاب حاجته ، فإن عزم على الإقامة بها مدة لزمه قضاءُ تلك الأيام ؛ لأن تعب السفر قد انقطع فهي متودعة ، وكيف تفور بالصحبة ؟ وإن لم يعزم على الإقامة ولكن أقام يومًا واحدًا مثلًا فهذا القدر تابع للسفر فلا قضاء فيه ، وإن كنا نرى أنه لا يترخص بالفطر وغيره . وإن طالت إقامتُه من غير غرض ولطن في انتظار نجاز حاجته ... إلى آخره) .

فإن قيل : كيف قال : (وإن كنا نرى أنه لا يترخص بالفطر وغيره) ومعلوم أنه يترخص لما لم نجعله مقيمًا .

قلت : أراد بذلك أن إقامة يومٍ في مقصدة من غير عزم إقامته غيرُ مقتضٍ مثلَه للزوجات ولا حكم له ، وإن كان في اليوم لا يترخص فيما دون مسافة القصر بالفطر والقصر قولًا واحدًا ، لكن في الجمع بين الصلاتين خلاف ، والقياس يقتضي تساويهما إلا أن قضاء اليوم غيرُ واجب في مسألتنا ضمنًا وتبعًا للسفر الطويل ، فإن زاد على اليوم والليلة قضى ولم يَعْصِ في الفطر ، والقصر فيما دون مسافة القصر تابعٌ لسفر طويل فلم تستبح به الرخصة وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٤٨ / ب ، ١٤٩ / ب) .

(١) يعني بِتَرَخُّصِه ، قصْرَ الصلاة وجوازَ الجمع ، وغيرَ ذلك من رُخَص السَّفر . وقال في الروضة (٧ / ٣٦٣) : « والمذهبُ – من الخلاف في الترخص – : أنه إن كان يتوقع تنجيزَ شغلِه ، ساعةً ساعةً ، ترخّص ثمانية عشر يومًا ، وإن علم أنه لا يتنجز في أربعة أيام لا يترخص أصلًا » .

(٢) في (ب) : « فليلزم القضاء » .

(٣) ساقطة من (أ) .

أحدهما : أنّه لا يجبُ ؛ لأنَّ عزْمَ الإقامةِ يُؤَثِّر في أيام الإقامة [١] .

والثاني : أنه يجبُ ؛ لأنه إنما سقط قضاءُ أيامِ الرجوعِ رخصةً ، بشرطِ أن لا يكون له عزمُ إقامةٍ ، فإذا عزمَ فقد أفسد الرخصةَ ، فنرجع [٢] إلى القياس . وقد قيل : إنه كما نقض العزم سقط عنه القضاءُ وإن لم ينهض للرجوع ؛ وهو وجه ثالث ضعيف .

أما إذا [كان] [٣] عزم على الإقامة ، ثم أَنْشأ سفرًا آخرَ مُسْتدبِرًا وطنَه ، فإن لم يكن عزم عليه في أوّلِ السفرِ [٤] لزمه القضاءُ ؛ لأنه سفرٌ بغير قرعة . وإن كان عزم عليه ، ففيه وجهان مرتبان / على أيامِ الرجوع ، وهاهنا أولى بوجوبِ القضاء ؛ لأنه فيه غيرُ متوجِّه إلى ١٨٢/ب الامتثال بالرجوع .

الثاني : لو استصحب اثنتين بالقرعة ، فعليه التسوية بينهما في السفر ، فلو ظلم إحداهما بالأخرى ، قضى لها من نوبتها ، إمّا في السفر ، وإما في الحضر . ولو أراد أن يُخَلّف إحداهما في بعض المنازل بالقرعة ، جاز له ذلك . ولو نكح في الطريق جديدةً ، خصصها بثلاث أو سبع ، ثم عدل بينها وبين المُسْتَصْحَبَات . ولو خرج وحده ، ثم نكح في الطريق ، لم يلزمه [٥] القضاءُ للباقيات ؛ لأنه تجدَّد حقُّها حيث لم يكن عليه التسويةُ ، ولا يَظْهر الميلُ بإيثارها .

الثالث : لو كان تحته امرأتان ، فنكح جديدتين ، فخرجت القرعة على إحداهما [٦] ، فسافر بها ، اندرج حقّ الجديدةِ المسافرة في صحبة السفر إذا انقضتْ أيامُها في السفر . فإذا عاد إلى الوطن ، فهل يبقى حقُّ الجديدة المخلّفة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن أيامها قد انقضت .

---

(١) وهذا هو الراجح كما في الغاية القصوى (٢ / ٧٧٢) .

(٢) في الأصل : « فرجع » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (ب) : « سفره » .

(٥) في (ب) : « لم يلزم » .

(٦) يعني على إحدى الجديدتين .

والثاني : نعم [1] ؛ لأن ذلك لإزالةِ التوحُّشِ ، والتوحشُ قائمٌ ، والتي في السفر قد أَنِسَتْ بصحبةِ السفر .

وهذا فيه إذا زُفَّتْ إليه الجديدتان ثم سافر . أما إذا لم تُزَفَّ [إليه] [2] ، فحقُّ المخلَّفةِ قائمٌ قطعًا .

* * *

(١) وهذا الوجه رجحه في الوجيز (٢ / ٤٠) ، وفي الروضة (٧ / ٣٦٥) قد استدل له بأنه حق ثبت قبل السفر ، فلا يسقط به ، كما لو قسم لبعضهن وسافر ، فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها .

(٢) زيادة من (ب) .

الفصل السادس

في الشقاق بين الزوجين

وله ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يكون التعدّي منها بالنُّشوز ، ومعنى نشوزِها : أن لا تُمكِّنَ الزوجَ ، وتَعْصى عليه في الامتناع عصيانا خارجًا عن حَدّ الدَّلال ، [1] بأنْ كان بحيث لا يُمْكِن الزوجَ حملُها على الطاعة إلا بتعَب [1] . فإن كانت تُؤذيه بالشَّتْم ، وبذاءةِ اللسان ، وغيرِ ذلك ، فليست ناشزةً ، لكنها تستحقُ التأديبَ . وهل له أن يُؤَدِّبها ، أم يَرْفع الأمر إلى القاضي ؟ فيه تردُّد [2] .

ثم حكمُ النشوزِ : سقوطُ النفقة ، وتسلُّط الزوج على ضَرْبها . لكن قال الله تعالى : ﴿ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ... ﴾ [3] .[فمنهم من حمل على الجمع] [4] . ومنهم من حمل على الترتيب [5] ، والصحيح : أنه إن غلب على ظنّه أنها تنزجر بالوعظ ، ومُهَاجرة المضطجع : لم يَجُزِ الضربُ . وإن علم أن ذلك لا يزجرها ، جاز الضَّرب . والأَوْلى تَرْكُ الضربِ بخلاف الوليّ ، فإن الأَوْلى به أن لا يترك الضرب ؛ فإن مقصودَه إصلاحُ الصَّبيّ لأجْل الصَّبيّ ، وهذا يُصْلح زوجتَه لنفسِه ، ولذلك كان ضَرْبُ الزوجِ مُقَيَّدًا بشرطِ سلامة

---

(١) في (ب) : « وكان بحيث لا يقدر الزوج على حملها على الطاعة إلا بتعب » .

(٢) قال في الروضة (٧ / ٣٧٠) : « والأصح – من الوجهين في تأديبها – أنه يؤدبها بنفسه ؛ لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعارًا ، وتنكيدًا للاستمتاع فيما بَعْدُ وتوحيشًا للقلوب ، بخلاف ما لو شتمت أجنبيًا » .

(٣) من الآية (٣٤) من سورة (النساء) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) يعني أن من العلماء من قال : الواو – في الآية – لمطلق الجمع ، فيجوز للزوج – إذا نشزت امرأته – أن يبدأ بِضَرْبها ، أو هَجْرها ، أو وَعْظها ، فالواو – عنده – لا تفيد إلا مُطلقَ الجمع . ومنهم من قال : تفيد الترتيب . ومن العلماء من قال : الواو – وإن كانت لا تفيد ترتيبًا – لكن لما بدأ الله (عز وجل) بالأمر بالموعظة ، ثم بالهجر ، ثم بالضرب ، أفاد ذلك أن يكون الأمر مرتبًا ، ويدل على هذا قول النبي ﷺ في « الحج » : « ابدءوا بما بدأ الله به » . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (١/٤١٧ – ٤٢١) . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥ / ١٧١ – ١٧٣) . مغني اللبيب عن كتب الأعاريب لابن هشام (٢ / ٣٤٥) . بلوغ المرام لابن حجر ص (١٧) .

العاقبة ، فلو أفضى إلى فسادِ عضوٍ أو روح ، فعليه الضمان [١] . وله أن يضربها - وإن أمكنت من الجماع - إذا منعته غير ذلك من الاستمتاعات .

وهل تسقط نفقتُها مع الوقاع ؟ فيه تردُّدٌ [٢] ، وأقربُ مثالٍ فيه ، تسليمُ السيّدِ الأمةَ ليلًا واستخدامُها نهارًا ، وذكرْنَا فيه خلافًا .

الحالة الثانية : أن يكون التعدي منه بالضرب وسوء الخلق ، [٣] فلا سبيل إلا الحيلولة [٣] حتى يعودَ إلى حُسْنِ المعاشرة ، وإنما يُعَوَّل فيه [٤] على قولها ، أو على قرائن أحوال [٥] وشهاداتٍ تدل عليه [٦] ، كما يُستبرأ حالُ الفاسقِ إذا أظهر التوبةَ ، فأمّا مجردُ قولِه ، فلا يُعَوَّلُ عليه .

الحالة الثالثة : أن يُشْكِلَ الأمْرُ ، فلا يُدْرى « مَنِ المتعدي » فقد قال تعالى : ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا

---

(١) قال الحموي : « قوله في الفصل السادس في الشقاق في باب النشوز : (فتسليط الزوج على ضربها قال الله تعالى : ﴿ فعِظُوهُنَّ واهجروهن في المضاجع واضربوهنّ ﴾ فمنهم من حمل ذلك على الجمع ، ومنهم من حمله على الترتيب ... إلى أن قال : (لأن مقصودَه الإصلاحُ للصبي ، وهذا يُصْلِحُ زوجتَه لنفسه ، وكذلك كان ضربُ الزوج مقيَّدًا بشرط سلامة العاقبة ، ولو أفضى إلى إفساد عضو أو روح فعليه الضمان) .

قلت : ذكر الشيخُ هنا أن شرط سلامة العاقبة يختصُّ بالزوج فقط ، وليس كذلك فإنه يختص أيضًا بالولي ومعلم الصبي ، فعلى هذا لا فرق .

جوابه أن يقال : أراد بشرط سلامة العاقبة في كونه يجب الضمانُ عليه في ضرب زوجته بخلاف الولي والمعلم ؛ فإن الدية تكون على عاقلتهما ، وقد ذكره الشيخ في الجنايات ولم يذكر ذلك في الزوج ، لكنه أشار هنا أن عليه الضمان بشرط سلامة العاقبة ؛ لكون إصلاح الزوجة يعود إليه بخلاف الولي والمعلم وقد أشار القاضي حسين إلى ما ذكره من النقل » . مشكلات الوسيط (ق ١٥١ / أ ، ١٥١ / ب) .

(٢) قال في الروضة (٧ / ٣٧٠) : « فيه وجهان ، أصحهما : نعم » وأحسنُ مِنْ ذلك ما قاله الإمام الغزالي في الوجيز (٢ / ٤٠) قال (رحمه الله) : « يحتمل أن يسقط من النفقة بعضُها ، كما ذكرنا في الأمة ، إذا سُلمت إلى الزوج ليلًا ، ومُنِعت نهارًا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فلا سبيل إلى الحيلولة ... » وهو خطأ واضح .

(٤) يعني في حسن المعاشرة .

(٥) في (أ) : « أحوالها » .

(٦) في (أ) : « عليها » . والضمير في « عليه » يعود على « حسن المعاشرة » .

﴿ مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ (١) ومقصودُ الحكمينْ، أنْ يُصْلحا بينهما إنْ أمكن، أو يُفرِّقا.

وهل هما وكيلانِ من جهةِ الزوجينْ، فَيُوقَفُ تصَرفُهما على إذنهما (٢)؟ أمْ هما مُتَوَلِّيان (٣) من جهة القاضي حتّى ينفذ تفريقُهما بالطلاق على الزوج، وبإلزام المال على المرأة عند استصوابهما الخلعَ؟ فيه قولان [الأول: وهو] (٤) القياسُ: أنهما وكيلان؛ إذ يَبْعُد دخولُ الطلاقِ تحت الولاية (٥).

والثاني: أنهما مُتولِّيان؛ لما رُوِيَ (٦) أنَّ عليًّا (كرمَ اللّهُ وجهَه) بعث حكمين بين زوجين، فقال: « أتدريانِ ما عليكما؟ عليكما إنْ رأيتما أن تُفرِّقا: أن تُفرِّقا، وإنْ رأيتما أن تُجمِّعا: أن تجمعا » فقال الزوجُ: أمَّا الطلاقُ فلا، فقال علي (رضي الله عنه): كذبْتَ (٧).

ويدلّ عليه أيضًا تسميتهما حكمينْ، فإنه إذا كان مسخرًا لا ينفذ حكمُه، فكيف يُسَمَّى حكَمًا؟ فعلى هذا القولِ: إن توافقا، لم يَجُزْ لهما التفريقُ.

وإن غاب أحدهما، أو سكت، ففي جوازِ التفريق وجهان (٨). منهم من شرَطَ لنفوذِ حكمهما قيامَ الخصومة في الحال. ثم لا بُدَّ على هذا القول في الحكَمينْ من العدالة والهداية إلى المصالح، ولا يُشْترط

---

(١) من الآية (٣٥) من سورة (النساء).

(٢) يعني: على إذن الزوجين.

(٣) في (أ)، (ب): « مُوَلَّيان ».

(٤) زيادة من (ب).

(٥) وهذا القول الأول هو ما رجحه في الوجيز (٢ / ٤٠)، والروضة (٧ / ٣٧١) والغاية القصوى (٢ / ٧٧٣). وقال في الروضة (٧ / ٣٧١): « وعلى هذا، يوكِّل الزوجُ حَكَمَه في التطليق عليه، وقبول الخلع. [وتوكِّل] المرأةُ حَكَمَها ببذْل العوض، وقبول الطلاق. ولا يجوز بعثُهما إلا برضاهما، فإن لم يرضيا، ولم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالمَ، واستوفى حقّ المظلوم. وإذا قلنا: هما حكمان، لم يُشترط رضى الزوجين في بعْثهما ».

(٦) قوله: « لما روي » ساقط من (أ).

(٧) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٦ / ٥١٢) والطبري في « جامع البيان » (٥ / ٤٣) وإسناده صحيح.

(٨) قال في الروضة: « ولو غاب أحدُ الزوجين – بعد بَعْث الحكمين – نفذ الأمر، إن قلنا: وكيلان، وإلا فلا على الصحيح ». الروضة (٧ / ٣٧٢).

مَنْصِبُ الاجتهاد . وكذلك في كل أمر معين جرى يُفَوِّضه [1] القضاةُ إلى الآحاد .

ولا يُشْترط أن يكونا من أهلهما ، بل ذلك أولى إذا وُجِدَا ؛ فإنهما أعرف ببواطن أحوالهما [2] والله أعلم وأحكم [2] .

* * *

---

(١) في (ب) : « يُفَوِّض » .

(٢) في (أ) : « والله أعلم » .

١٨٣/أ

كِتَابُ الخُلْعِ (١)

وفيه أبواب

---

(١) الخلع لغة : القلع والإزالة ، قال تعالى : ﴿ فَاخْلَعْ نعليْكَ ... ﴾ (طه : ١٢) ، ومنه « خلعَ القميص » : إذا أزاله عنه ، وخالعتُ المرأة بعلها : أرادته على طلاقها ببدل منها ، والأسم الخُلْعة . وهو في الشرع : إزالة رباط الزوجية بما تبذل المرأة من المال لزوجها .

وقيل له : خلع ؛ لأن كلا من الزوجين لباس لصاحبه ، فإذا اختلعا ، فكأنهما نزعا عنهما لباسها .

وهو في إزالة ملك النكاح بضم الخاء ، وفي إزالة غيره بفتح الخاء ، كما اختص إزالة قيد النكاح « بالطلاق » وفي غيره بـ « الإطلاق » . انظر : مختار الصحاح ص (١٨٥) . تصحيح التنبيه ص (١١٠) . المصباح المنير (١/ ٢٧٥) . أنيس الفقهاء ص (١٦٢) . الاختيار لتعليل المختار (١٥٦/٣) .

ومن رحمته (سبحانه وتعالى) وحكمته ، أن شرع « الخلع » كما شرع « الطلاق » ، فإن الطلاق لما جعله الله بيد الرجل ، ويستخدمه عند الحاجه إليه ، كذلك جعل الخلع للمرأة تستخدمه عند الحاجة إليه ، مقابلةً لما بيد الرجل من الطلاق . انظر بداية المجتهد لابن رشد (٨١/٢) . مغني المحتاج (٢٦٢/٣) . دراسات في أحكام الأسرة لأستاذنا الدكتور محمد البلتاجي ص (٥٣٩) . الفرقة بين الزوجين وأحكامها ص (١٢٧) وما بعدها . للدكتور السيد أحمد فرج .



الباب الأول

في حقيقة الخلع ومعناه

(وفيه فصلان)

الأول

في أثره في النكاح ، وألفاظه

أما أثره ففيه قولان :

أحدهما : أنه طلاق محوج إلى التحليل إذا تكرر ثلاثًا ، وهو مذهب عمر وعثمان وعلي (رضي الله عنهم) ومذهب أبي حنيفة والمزني (رحمهما الله) [1]

والثاني : - وهو القديم والمنصور في الخلاف - أنه فسخ [2] .

---

(١) أما مذهب عمر (رضي الله عنه) فلم أجده - بعد البحث - ثم وجدت في « التلخيص الحبير » لابن حجر قال : « أما مذهب عمر فلا يُعْرف » .

وأما مذهب عثمان (رضي الله عنه) فرواه ابن أبي شيبة في المصنف (١١٧/٤) . وقد ضعف إسناده الإمام أحمد والبيهقي .

وأما مذهب علي (رضي الله عنه) فرواه عبد الرزاق في مصنفه (٤٨٢/٦) . ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ١١٨) . وهذه الرواية ضعيفة كما قال ابن المنذر . وقد قال ابن خزيمة : إنه لا يثبت عن أحد من الصحابة أنه جعل « الخلع » طلاقا . وقال الإمام أحمد في رواية ابن عباس « أنّ الخلع تفريق ، وليس بطلاق » : ليس في الباب أصح منه . وانظر مذهب المزني في مختصره ص (١٨٧) .

وانظر : سنن البيهقي (٣١٦/٧) . زاد المعاد (١٩٧/٥) التلخيص الحبير (٢٣١/٣) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن الخلع طلاقٌ يُحْوِج إلى التحليل إذا تكرر ثلاثًا ، وهذا هو الجديد الأظهر عند جمهور الشافعية ، وهو مذهب الحنفية والمالكية أيضًا ، وإحدى الروايتين عن أحمد .ولكن أظهر الروايتين عنه : أنه فسخ وليس بطلاق .

انظر : روضة الطالبين(٣٧٥/٧). تحفة الفقهاء للسمرقندي(١٩٩/١). المبسوط(١٧١/٦). الكافي ص(٢٧٦). المنتقى للباجي (٦٧/٤) . المقنع ص (٢٢٧) . المسائل الفقهية لأبي يعلى (١٣٦/٢) .

وحقيقة الخلاف راجع [١] إلى أن النّكاح ، هل يَقْبل الفسخ تراضيًا ؟ فعلى قولٍ : يقْبل ؛ قياسًا على البيع .

ثُمَّ ألفاظُه ثلاثةٌ : الخلعُ ، والفسخُ ، والمفادَاةُ .

أما لفظ[٢] « الخلع » فصريحٌ في الفسخ على هذا القول ، ولا يحتاج إلى النية ؛ لأن شَاعَ في لسان حملة الشريعة [٣] لإرادة الفسخ ، وتكرَّر ؛ فصار كلفظِ الفِراق والسَّراح[٤] الذي تكرر في القرآن .

وأما الذي شاع في لسان العامة ، كقوله : « حلالُ اللهِ عليَّ حرامٌ » فهل يصير صريحا في الطلاق ؟ فيه خلافٌ ظاهرٌ .

وأما لفظ [٥] « الفسخ » فالظاهرُ أنه صريحٌ في مقصودِ الفسخ ، لا يحتاج إلى النية . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنه يحتاج إلى النيّة ، بخلاف لفظ « الخلع » ؛ فإن ذلك تداولتْه ألسنةُ حَمَلة الشريعة ، ولفظُ « الفسخ » في النكاح غيرُ مستعمل إلا إذا جرى عيبٌ أو سبب .

أما لفظ « المفاداة » ففيه وجهان ، مأخذُهما أنه وَرَدَ به القرآنُ في قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [٦] ولكن لم يتكرر [٧] . وكذا الخلافُ في لفظ « الإمساك » [٨] في الرجعةِ ، ولفظُ « الفَكِّ » في العتق . فإذًا الصريح [٩] قطْعًا : لفظٌ

---

(١) في (ب) : « الخلاف راجعة » .

(٢) في (ب) : « أما لفظة » .

(٣) في (ب) : « حملة الشرع » .

(٤) فى (أ) : « كلفظ السراح والفراق » .

(٥) في (ب) : « وأما لفظة » .

(٦) من الآية (٢٢٩) من سورة (البقرة) .

(٧) والأصح : أنه كلفظ الخلع . انظر الروضة (٣٧٦/٧) . المنهاج مع المغني (٢٦٨/٣) . الغاية القصوى (٢/ ٧٧٧)

(٨) يعني إذا قال الزوج – الذى طلّق زوجته – وهي في عدتها : « أمسكتك » فهل هذا صريحٌ في رجعتها ؟ أم كنايةٌ يحتاج إلى نية ؟ .

(٩) في (ب) : « فكأن الصريح » .

متكررٌ في القرآن ، أو متكررٌ على لسان حَمَلة الشريعة [1] . أمَّا ما تكرر على لسان العامة ، أو ورد به القرآن ولم يتكررْ ، ففيه خلافٌ .

ثُمَّ إذا جعلْنا الخلعَ صريحًا في الفسخ - على هذا القول - فلو نَوىَ به الطلاقَ ، لم ينقلبْ طلاقًا على الأظهر ؛ لأنّه وَجَدَ نفاذًا في موضعه [2] صريحًا ، فلا تؤثر فيه النّيّةُ ؛ كما لو نوى « الطلاقَ » بلفظ [3] « الظِّهار » فإنه لا يصير طلاقًا . وهذا بخلاف ما لو قال : « إنها عليَّ حرام » [4] ونَوَى به الطلاقَ ، فإنه يَقَعُ [به] [5] الطلاقُ وإن كان مطلقُ هذا القول صريحًا في التزام الكفارة ، لكنّه لا اختصاصَ له بالنكاحِ ؛ إذ يجرى في الأَمة المملوكة ، ولفظُ الخلع يختصُّ بالنكاح .

أَمَّا إذا قدر الزوجُ على فسخ النكاح بعَيْبِها مثلًا ، فقال : « فسختْ » ونَوَى به الطلاقَ ، فيحتمل أن لا ينصرف إلى الطلاق ؛ لأنّه وجد نفاذًا فيما هو صريحٌ فيه . وقال القاضي : « يقع الطلاق » ؛ [6] لأنه لا اختصاصَ للفظِ « الفسخ » بالنكاح ، فيحتمل أن

---

(١) قال الحموي : « قوله في كتاب الخلع : (أما المفاداة ففيها قولان : أحدهما أنه ورد بها القرآن في قوله تعالى : ﴿ فلا جناحَ عليهما فيما افتدَتْ به ﴾ ولكن لم يتكرر في القرآن ، وكذلك الخلاف في لفظ الإمساك في الرجعة ولفظ الفك في العتق ، ولأن الصريح قطعًا لفظ متكرر في القرآن ومتكرر على لسان حَمَلَةِ الشرع) .

قلت : حاصل ما ذكره الشيخ أن كل ما يكرر في القرآن فهو صريح وجهًا واحدًا ، وما لم يتكرر فيه خلاف . وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره الشيخ على إطلاقه فإنه لو قال رجلٌ : « واللّه لا باشرتك ولا لمستك » كان فيه القولان مع كونه متكررًا على ما ذكره ولا سيما على مذهب الشافعي ، فإن اللمس عنده حقيقةٌ باليد دون الجماع ، وقد ذكر في مسألتنا خلافًا في باب الإيلاء .

قلت : مراد الشيخ بالتكرُّر في القرآن إذا لم يكن العُرْفُ يخالف ، ولهذا كان فيه خلاف مشهور في باب الإيلاء وإذا كان كذلك فالقائل الذي جعله صريحًا غلَّب فيه العرفَ على التكرُّر الواقع في القرآن ، كما في الدابة فإنه حقيقة في اللغة لكل ما دَبَّ ودرج ، وهي الآن حقيقةٌ في الفرس والبغل والحمار دون غيرهم ، وأما القائل الذي جعله كناية فإنما كان كذلك لتردُّده بين العرف واللغة ، ولهذا قلنا : لا يكون قولُنا على قولٍ إلا بالنية ، هذا إذا كان مخالفًا لموضوع اللغة ، وإن كان موافقًا فالمسألة متفق عليها وجهًا واحدًا ، وعليه يحمل كلامه » . مشكلات الوسيط (ق ١٥١ / ب ، ١٥٢ / أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « في موضوعه » .

(٣) في (ب) : « بلفظة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « أنت عليّ حرام » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) ورجحه النووي كما في الروضة (٧/٣٧٥) .

يصرفَ [١] إلى الطلاق .

أَمَّا إذا فرعنا على الصحيح وهو « أنّ النكاح لا يَقْبل الفسخ » - فلفظُ « الفسخ » كنايةٌ في الطلاق ، وفي لفظ « المفاداة » وجهان - كما سبق على قول الفسخ - وفي لفظ الخلع قولان :

أحدهما : أنه كنايةٌ أيضًا ؛ لأنّ صرائح الطلاق ثلاثةٌ ، وهي التي [٢] تكررت فى القرآن : الفِراقُ ، والسّراحُ ، والطلاقُ .

والثاني : وهو الذي نَصَّ عليه في « الإملاء » [٣] أنه صريحٌ ؛ لأنه تكرر في لسان حملة الشرع [٤] لإرادة الفراق ؛ فالتحق بالمتكرر في القرآن [٥] . ومنهم من قال : مأخذُه ، أنَّ ذِكْرَ المال ، هل ينتهض قرينةً في إلحاق الكنايةِ بالصريح حتّى لو خَلَا عن ذكر المال كان [٦] كناية قطعًا ؟ . وهذا المأخذ ضعيفٌ ؛ إذ قرينةُ الغَضَب والسّؤال وغيره ، لا تُغَيِّر الكنايات عند الشافعي (رضي الله عنه) ، فكذلك قرينة المال [٧] .

أَمَّا إذا جرى الخلعُ من غير ذكر المال ، فَمُطْلَقُه هل يُنَزَّل على اقتضاءِ المال ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لاقتضاءِ العُرف ذلك [٨] .

والثاني : لا ؛ لأنَّ لم يتلفظْ به .

ويجري الخلافُ فيما لو قارَضَ رجلًا على أنْ يَتْجَرَ ، ولم يشترط الربح أنه [٩] هل

(١) في (أ) : « ينصرف » .

(٢) في الأصل « وهو الذي » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) يعني نصّ عليه الإمام الشافعي (رحمه الله) في كتابه الموسوم بالإملاء ، وهو من كتبه الجديدة بلا خلاف ، وهوغير « الأمالي » فإنها من كتبه القديمة .

(٤) في (ب) : « حملة الشريعة » .

(٥) وهو ما رجحه إمام الحرمين والبغوي ، انظر الروضة (٣٧٦/٧) .

(٦) في (ب) : « كانت كناية » .

(٧) انظر ما قاله الشافعي في هذا في كتاب « الأم » (١٩٧/٥) .

(٨) ورجحه إمام الحرمين كما في الروضة (٣٧٦/٧) وكذلك الغزالي كما سيذكره بعد قليل .

(٩) كلمة « أنه » ساقطة من (ب) .

يستحقُّ أجر المثْل ؟ واختار القاضي : أنه يقتضي المال ؛ تشبيهًا للخلع بالنّكاح . وتعليلهُ بالعُرْف أَوْلى من التشبيه بالنكاح المخصوص بالتعبُّد .

فإن قلنا : يثبت المال - وهو الصحيح - فالثابتُ هو مهرُ المثْل ، إنْ جعلناه فسخًا أو صريحًا في الطلاق . وإن جعلناه كنايةً في الطلاق ونوى ، فهو كالصريح ، وإن لم يَنْوِ لغا ، ولم يُؤَثِّرْ .

أما إذا قلنا : لا يثبت المال ، فإنْ جعلَنَاه فسخًا ، لغا ؛ إذ لا فسخَ إلّا على عِوَضٍ ، وإن جعلْناه طلاقًا صريحًا - أو جَرَتِ النيةُ - فهو طلاقٌ رجعيٌّ ؛ إذْ لا مال . ولكن يتصدّي أمران :

(**أحدهما**) : أن الرجعيَّ لا يَفْتقر إلى قبولها ؛ فهذا ، هل يفتقر [1] ؟ فيه وجهان : ١٨٣/ب

أحدهما : لا ؛ لأنه لا مالَ .

والثاني : نعم / لأن اللفظ يستدعي القبول ، ولا يبعد ذلك ، فإنه لو خالع السفيهة ، لا ينفذ إلا بقبولها ، ثم يكون الطلاق رجعيا [2] ؛ إذ لا يصح التزامها المال [2] .

وهذا إنما يظهر في قوله : خالعتُ ، فلو قال : خلعتُ ، فيبعد انتظارُ القبولِ [3] ، وكذا لو قال : خالعت ، ولم يُضْمِر التماس جوابه [4] ، فيكون كقوله : قاطعتُ ، وفارقتُ .

(**الأمر الثاني**) : أنه إن أضمرَ الرجلُ المالَ ، فيبعد إيقاعُ طلاقٍ من غير مال ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا أَثَرَ لِنِيّةِ المالِ ، فهو كما إذا لم [5] يَنْوِ .

---

(١) يعني أن الطلاق الرجعي يقع موجبه على المرأة ، ولا يفتقر إلى قبولها ذلك الطلاقَ . وقوله : « فهذا ، هل يفتقر ؟ » يعني به ما لو خالعها - ولم يذكر مالًا في مقابلته - وفرعنا على جَعْل « الخلع » طلاقا ، فهل يترتب على هذا الخلعِ موجَبُه بدون موافقتها ؟ - كالطلاق - أم لا بُدَّ فيه - حتى يَصِحَّ - مِنْ قبولها ؟ صحح النوويُّ أنه لا يفتقر إلى قبولها ، وكذا إمامُ الحرمين ، وبه قطع البغويُّ ؛ لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي .

ورجح الغزالي في الوجيز أنه يفتقر إلى قبولها ؛ لاقتضاء لفظ « المخالعة » القبولَ . انظر : الروضة (٧/ ٣٧٦) الوجيز (٢/ ٤١) .

(٢) في (أ) : « إذ لا ينفذ التزامها المال » .

(٣) أي : يبعد انتظار القبول منها .

(٤) لو قال : « ولم يضمر التماس جوابها » لكان أوضح ، والمعنى - على ما قال - : ولم يضمر التماسَ جوابِ قولِه : « خالعت » .

(٥) كلمة (لم) ساقطة من (ب) .

والثاني : أنه يُؤَثر ، حتى لا يقع من غير ثبوتِ المال ، وإنما يثبت [المال] [1] إذا نَوَيَا جميعًا [المال] [2] . فإن لم تَنْوِ المرأةُ ،فلا يقعُ الطلاقُ أصْلًا .

وهذا بيانُ هذه الاختلافات ، والأَوْلى فى الفتاوى ، أن نجعل الخلعَ طلاقًا ، ونجعلَه صريحًا فيه ، ونجعل الخالي عن العِوض مقتضيًا للعوض بحكم العُرْف ، ونجعله صريحًا أيضًا ، ونَطْرح بقية الاحتمالات وإن كان لها بعضُ الاتجاه . أما جَعْلُ « الخلع » فسخًا ، فبعيدٌ في المذهب والقياس ؛ إذ لا خلافَ أنَّ الزوج لا يستقل بالفسخ [3] ، ولو قبل النكاحُ الفسخ ، لكان لا يمنع [4] بسببها كما لا يمنع الطلاقُ ، وفيه إبطالُ حَقِّها ، ولأنه لا خلاف أن الخلعَ قبل المسيس مُشَطِّرٌ ، و أنه يجوزُ إيرادُه على عِوَضٍ جديد ، وكل ذلك يُناقِضُ معنى « الفسخ » .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (أما جعلُ الخلع فسخًا فبعيد في المذهب ؛ إذ لا خلاف أن الزوج لا يستقيل بالفسخ ... إلى آخره) .

قلت : ذكر الشيخ في أول الباب قولين : (أحدهما : أنه طلاق يحوج إلى التحليل ...) إلى قوله : والقول الثاني القديم المنصور في الخلاف) ..

قلت : المفهوم من كلامه فيه أنه طلاق على الصحيح ، ثم المفهوم من مسألتنا أنه فسخ على الصحيح ، من حيث إنه جعل منصورًا ، وفيه نوعُ مناقضةٍ كما لا يخفى .

قلت : الصحيح في المذهب : أنه طلاق ، وأبو حنيفة يوافقنا على ذلك إلا أنه لما كان عندنا قول : إنه فسخ ، احتجنا إلى نصرته لأجل وقوع المخالفة في هذا القول ، وأما تضعيفُه في المذهب فظاهر ، لما ذكره من النقد و كأنه جعله منصورًا لأجل الخصم ، وهو ضعيف بالنسبة إلى الصحيح عند الشافعي (رحمه اللّه) وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٥ /أ) .

(٤) في (ب) : « لكان لا يمتنع » .

الفصل الثاني

في معنى نسبة الخلع إلى المعاملات

فنقول : إن جعلناه فسخًا ، فهو معاوضة محضةٌ شبيهةٌ بالنكاحِ . وإن جعلناه طلاقًا - أو جرى الطلاقُ على مالٍ - فهو من جانب الزوج تعليقٌ فيه مشابه [1] المعاوضات ، ومن جانبها معاوضةٌ محضةٌ فيها فيها مشابه الجعالة [2] ولا نَعْني بذلك أنَّ الحكمَ الواحدَ يتركَّبُ من أصلين ؛ فإنّ ذلك متناقِضٌ ، بل تجري بعضُ الأحكامِ على قاعدةِ التعليق ، وبعضُه على قانونِ المعاوضة [3] .وشَرْحُ ذلك من جانبه يَستدعي تفصيلَ الصِّيغ :

وله صيغ :

الأولى :صيغة المعاوضة . وهو أن يقول : « طلقتُكِ على ألفٍ » أو « أنتِ طالقٌ على ألفٍ » فتتمحضُ في هذه الصيغةِ قضيةُ المعاوضات ، ويظهر ذلك في أربعة أمور :

(أحدها) : أنه لو رجع قَبْلَ قبولِها ، لم يقع الطلاقُ كما في البيع .

(والثاني) : أنه لا بُدَّ من قَبولها باللفظ .

(والثالث) : أنه لا بُدّ من القبول في المجلس على الاتصال .

(والرابع) : أنه لو قال : « طلقتُكِ ثلاثًا على ألفٍ » فقالت : « قبلتُ واحدةً على ثُلث الألف » : لم يقع كما [4] إذا قال : « بعتُكَ هذا العبدَ بألف [5] » فقال : « قبلتُ ثُلُثَه بثُلُث [6] الألف » ، فإنه لم يصح . ولو قَبِلَتْ واحدة على كمال الألف ، فالأصحُّ

---

(١) في (ب) : « مشابهة » .

(٢) الجُعْل - بضم الجيم - : الأجر . والجعالة - بكسر الجيم وقيل : مُثَلَّثة - : شيء يجعل لإنسانٍ ما مقابلةً له على عمل معين . انظر : المصباح المنير (١٦١/١) . القاموس المحيط ص (١٢٦٣) مادة (ج ع ل) . أنيس الفقهاء ص (١٦٩) .

(٣) في (أ) : « على قاعدة المعاوضة » .

(٤) كلمة : « كما » ساقطة من (ب) .

(٥) كلمة : « بألف » ساقطة من (ب) .

(٦) كلمة :« بثلث » ساقطة من (ب) .

أنه يَقَعُ ؛ لأنّها وافقتْ في العوض ، وليس إليها عددُ الطلاقِ ، بخلاف ما لو باع عبديْن بألفٍ ، فَقَبِلَ أحدَهما بالألف ، فإنَّ الأصحَّ فيه : أنه لا يصح ؛ لأنَّ الملك مقصودٌ للمشتري [١] ، والطلاقُ لا يدخل في مِلْكها . ثم قال ابنُ الحداد : لا يقع إلا واحدةً ؛ لأنها لم تقبلْ إلا واحدةً . وقال القفال : يقع الثلاث ؛ لأن قبولَها يُعْتبر للعوض فقط .

ثم الصحيح ، أنه يستحقُّ المسمىٰ ، وعن ابن سُرَيج : أنه يستحقّ مهرَ المثل .

الصيغة الثانية : أن يُصَرح بالتعليق . فيقول : « متى ما أعطيْتني ألفًا ، فأنت طالق » ، فهذا تعليقٌ محض من جانبه [٢] فلا يحتاج إلى القبول لفظًا ، ولا إلى الإعطاء في المجلس ، ولا له الرجوعُ قبل الإعطاء .

الثالثة : أن يقول : « إن أَعْطَيْتِنى ألفًا ، فأنتِ طالقٌ » فلا يصحُّ رجوعُه ، ولا يفتقر إلى قَبولها لفظًا ، ولكن يختص الإعطاء بالمجلس ؛ لأن قوله : « متى ما » صريحٌ في تجويزِ التأْخير ، وهذا متردِّدٌ ، وقرينة العوض تُشْعِرِ باستعجالهِ [٣] في المجلس ، فيختصَّ به ، ولا تُطَلَّق بالإعطاءِ بعد ذلك .

أما جانبُ المرأةِ ، فاختلاعُها معاوضةٌ ، نازعة إلى الجعالة ؛ لأن الطلاقَ ليس إليها حتى يتطرَّقَ إلى جانبها مشابهُ التعليق [٤] ، وإنما إليها بَذْلُ المالِ في مقابلة ما يستقلُّ الزوجُ به إن شاء .

وفائدةُ هذا ، أنّ لها الرجوعَ في جميع الصور قبل الجواب ، حتى لو أَتَتْ أيضًا بصيغةِ التعليق ، وقالتْ : « إنْ طَلَّقْتني فلكَ ألفٌ » ، ثم رجعتْ قبل القَبول : جاز ، ويختص الجوابُ أيضًا بالمجلس ، فلو طلَّقها بعد ذلك ، لم يَلْزمْها العوضُ ، حتى لو قالتْ : « متى ما طلقتني فلكَ ألفٌ » ، فطلَّقها بعد مدة ، حُمِلَ ذلك على الاستقلال لا على الجواب ؛ لأنه قادر على الابتداء ، وإنما ينصرف إلى الجواب بقرينة التخاطب المعتاد في المجلس .

---

(١) في (أ) : « مقصود المشتري » .

(٢) قوله : « من جانبه » ساقط من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تشعر بالاستعجال » .

(٤) في (أ) : « شائبة التعليق » .

وإنما نُزُوعُها إلى الجعالة يَظْهر من شيئين [(١)] :

(أحدهما) : أنه احتمل صيغةَ التعليقِ منها ، بأن تقول : « إنْ طلقتَني فلكَ ألفٌ » ، كما تقول : « إن رَدَدْتَ عبدي الآبِقَ » ؛ لأنها التمستْ ما يستقلُّ الزوجُ به / ويحتمل ١٨٤/أ التعليقَ بالأغرار .

(الثاني) : أنها لو قالت : « طَلِّقْني ثلاثًا على ألفٍ » ، فقال : « طلقتُكِ واحدةً » ، استحقَّ الثُّلُثَ ؛ كما إذا قال : « إنْ رَدَدْتَ عبيدىَ الثلاثَ فلك ألفٌ » ، فردَّ واحدًا ، استحقَّ الثلثَ .

وكذلك لو قالَتَا : « طَلِّقْنَا على ألفٍ » فطلَّقَ واحدةً [(٢] ، استحق نصفها عليها [٢)] ، وهذا بخلافِ ما لو قال الرجل : « طلقتُكِ ثلاثًا بألفٍ » ، فقالتْ [(٣)] : « قَبِلْتُ واحدةً على ثلث الألف » ، لم يقع الطلاقُ ؛ لأن ما أتى به صيغةُ المعاوضة [فالتحقتْ بالمعاوضة] [(٤)] . وما أَتَتْ به ، صيغةٌ ضَاهَت الجعالة ، فالتحق بها .

ولو قال الزوجُ ابتداءً : « خالعتُكما على ألفٍ » ، وقَبِلَتْ واحدةٌ منهما ، لم يصحَّ بلا خلاف ؛ لأن الجواب ، لم يوافق الخطابَ ، بخلاف ما إذا قالَتَا : « طلِّقْنا » فأجابَ إحداهما ، نَفَذ ؛ لأن ذلك مأخوذٌ من الجعالة وكذلك إذا باع عبدا من رجليْن ، فأجاب أحدُهما ، وقَبِلَ النِّصْفَ ، لم يصحَّ على المذهب [(٥)] ، وإن شغب أصحاب الخلاف بِمَنْعٍ فيه .

---

(١) في (أ) : « وأما نزوعها إلى الجعالة فيظهر من شيئين » . وفي نسخة « في شيئين » كما على هامش الأصل .

(٢) في (أ) : « استحق شيئًا عليها » . وقوله : « استحق نصفها عليها » يعني يستحق نصف الألف على المطلقة .

(٣) في (أ) : « فقال » . وهو خطأ واضح .   (٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال الحموي : قوله فيه : (ولو قال الزوج ابتداءً : خالعتكما على ألف ، وقَبِلَتْ واحدة لم يصح ؛ لأن الجواب لم يطابق الخطاب ، بخلاف ما إذا قالتا : طلقنا ، فأجاب إحداهما نفذ ؛ لأن ذلك مأخوذ من الجعالة ، وكذلك إذا باع عبدًا من رجلين فأجاب أحدهما وقَبِلَ النصفَ ، لم يصح على هذا المذهب) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه ذكر هنا أنه لو قال الزوج ابتداءً : خالعتكما على ألف ، فقبلت واحدةٌ لم يصح بلا خلاف ، وذكر في البيع وقال : (نصَّ الشافعيُّ على أنه لو خالع زوجتيه فقبلت إحداهما : صح مع أن فيه شائبةَ التعليف ، والمعلق بصفتين لا يحصل بأحدهما) وإن كان كذلك كان ما ذكره مخالفًا لما ذكره في البيع لما لا يخفى .

=

ولو قال : « خالعتُكِ وضَرَّتَكِ » فقبلتْ : صَحَّ ؛ لأنها العاقدة وحدها ، وإنما المتعدد المعقود [عليه فقط] (1) . ولو تخلل بين إيجاب الخلع وقبولِه كلامٌ يَسِيرٌ ، لم يَضُرَّ . وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو قالتا : « طلقنا » ، وارتدتا (2) ، فأجابها ، ثم عادتا إلى الإسلام : صَحَّ الخلعُ ، وإن تخلل (3) كلمةُ الردّة » (4) إلا أَنَّ هذا كلامٌ من المخاطب بعدَ تمام خطابه ، وإنما النظر في كلام القابل بعدَ الإيجاب وقَبْلَ القَبول [والله أعلم] (5) .

* * *

= الثاني : أنه ذكر في البيع قبل قوله : (نص الشافعي) : (أنه لو قال لرجلين : بعت منكما ، فقَبِلَ أحدهما دون الآخر ، فيه وجهان) وإذا كان كذلك ، فأيُّ فرق بين هذا وبين ما لو خالع زوجته فقبلت إحداهما ، والأمر بالعكس ، فإن الخلع فيه شائبةُ التعليق بخلاف البيع ، فإنه لا يحتمل التعليق كما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يحمل ما ذكره في البيع على ما إذا وقع استدعاء الطلاق منهما ، فأجاب إحداهما فقَبِلَتْ ، فإنه يصح وقد ذكره في الخلع أيضًا . وما ذكره في مسألتنا محمولٌ على ما إذا قال الزوج ابتداءً : خالعتمكا ، وقبلت واحدةٌ في وقت لا يُعَدُّ قبولُها جوابًا لكلامه ، ويحمل قوله في البيع : (صح الخلع) على ما إذا وقع قبولُها جوابًا لكلامه ، فعلى هذا لا منافاة بينهما لما لا يخفى .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر أيضًا ، فإنه إنما كان كذلك في البيع ، وصح في الخلع من غير خلاف ، من حيث إن فيه شائبةَ الجِعَالَة ، ألا ترى أنه لو قال في الجعالة : إن رددتما عبدي فلكما ألف ، فقبل أحدهما : صح ؟ فكذلك هنا ، وما ذكرناه من الجوابين على حسب الإمكان » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٢ / أ - ١٥٣ / أ) .

(1) زيادة من (أ) .

(2) في (أ) : « وارتد » وهو خطأ ظاهر .

(3) في (ب) : « وإن تخللت » .

(4) اختصر الإمامُ الغزاليُّ نصَّ الشافعي (رحمه الله) ، ونصُّه كاملًا : « ولو قالتا : طَلِّقْنا بألف ، ثم ارتدتا ، فطلَّقَهما بعد الردة ، وقع الطلاقُ . فإن رَجَعَتا إلى الإسلام في العدة ، لَزِمَتْهُمَا [يعني الألف] وكانتا طالقتين بائنين ، لا يملك رجعتهما ، وعِدَّتُهما من يوم تكلَّم بالطلاق ، لا من يوم ارتدتا ، ولا من يوم رجعتا إلى الإسلام . وإن لم ترجعا إلى الإسلام - حتى تمضي العدةُ ، أو تُقْتلا ، أو تموتا - لم يقع الطلاق ، ولم يكن له من الألف شيء » . الأم (٥/٢٠٣) .

(5) زيادة من (أ) .

الباب الثاني

في أركان الخلع

وهي خمسةٌ : الصيغة ، والعاقدان ، والعوضان . وإذا تطرَّقَ الخللُ إلى واحدةٍ منها فسدَ الخلعُ . ومعنى فسادِه : أن [(1)] يمتنع وقوع الطلاقِ ، ولفظُ البطلانِ بهذا أحقُّ . أو ينقلب الطلاقُ رجعيًّا ، أو تنفذ البينونة ويفسد العوض ، ولفظُ الفسادِ بهذا أحقُّ ، وتفصيلُه بشرْحِ الأركانِ .

الركن الأول : الموجب . وشرطُه أن يكونَ مستقِلًّا بالطلاق ، فخلعُ الصبيِّ باطلٌ ، وخلعُ العبدِ صحيحٌ ، والعوضُ يَدْخل في مِلْك سَيِّده قهرًا ؛ فهذا [(2)] كالاكْتِسَاب . وخلعُ المحجورِ بالفلسِ والسَّفَة صحيحٌ ؛ لأنَّ طلاقَه [(3] ينفُذُ من غير مِالٍ [3)] ، فهو مع المال أَوْلى ، ولا حَجْرَ عليهم في مقدار العوض وإن نقص عن مهر المثل ؛ إذ ينفُذُ طلاقُهم مجانًا ، إلا أن [(4)] المختلعة من السفيه ، لا تبرأ عن العوض إلا بالتسليم إلى الوليّ ، فإن سَلَّمت إلى السفيه ، لم تَبْرأْ .

* * *

---

(1) في (ب) : « أنه » .

(2) قوله : « فهذا » ساقط من (أ) ، (ب) .

(3) في (ب) : « ينفذ بغير مال » .

(4) كلمة : « أن » ساقطة من (ب) .

الركن الثاني

العاقد (١)

وشرطُه أن يكونَ أهْلًا لالتزامِ المال غَيْرَ محجورٍ عليه .

وأسبابُ الحجرِ خمسةٌ :

الأول : الرِّقُّ . فإذا اختلعتِ الأَمَةُ - بإذن سيدها - بعينِ مالِهِ : صحَّ ، واستحق الزوجُ عَيْنَ المالِ . وإن اختلعت بِدَيْن ، هل يكونُ السيدُ ضامِنًا بالإذن ؟ فيه خلافٌ كما في نكاح العبد . وإن استقلَّتْ بالاختلاع ، فسد الخلعُ (٢) ، ونفذت البينونةُ ، وتعلَّق مهرُ المثل بذمتها تُطالَب به إذا أُعتقت (٣) ، وفيه وجهٌ (٤) أنه تُطَالَب بالمسمّى إذا عَتقت ، ويصح المسمى ، وهو ملْتفِتٌ إلى الوجه (٥) المذكور في صحَّة شراء العبد وضمانه وتعلّقِه بذِمَّته .

السبب الثاني : حَجْرُ المكاتبة . والتزامُها المالَ في الخلع : تبرعٌ ، فإن استقلتْ فهي كالأمةِ . وإن اختلعتْ بإذن السيد ، ينبى على أن تبرعها ، هل ينفُذُ بإذن السيد ؟ وإنما جُعل تبرعًا ؛ لأنه لم يَحْصُل (٦) في مقابلته مال .

السبب الثالث : الحجْرُ بالسَّفَهِ . وإذا اختلعتِ السفيهةُ - ولو بإذن الوليّ - لم يثبت المال ؛ للحجر ، وامتنع الخلعُ ، ونفذ طلاقًا رجعيًا إذا قَبِلَتْ ؛ لأن لفظها صحيحٌ في القبول ، ولا بُدَّ من القبول ؛ لاقتضاءِ الصيغةِ ذلك .

السبب الرابع : الحجر بالصِّبَى . فلا يصحُّ اختلاعُ الصبيةِ ؛ لفسادِ لفظِها في

---

(١) في (أ) : « القابل » وكذا في نسخة أخرى كما ثبت بهامش الأصل .

(٢) في (أ) : « فسد العوض » .

(٣) في (أ) : « عَتَقَتْ » .

(٤) كلمة « وجه » ساقطة من الأصل .

(٥) في (أ) : « على الوجه » .

(٦) في (ب) : « لم يُجْعَل » .

القبول بخلاف السفيهة . ومنهم من قال : يقع الطلاقُ ها هنا أيضًا رجعيًا ، ويكون كما لو قال للصبية : « أنتِ طالقٌ إن شئْتِ » ، فقالتْ : « شئتُ » ؛ لأن قبول قول [١] السفيهة أيضًا ، ساقطٌ في الالتزام .

السبب الخامس : الحجر بالمرض . ويجوز اختلاعُ المريضةِ بمهرِ المثل ، ولا يحتسب [٢] من الثلث ؛ إذْ غايتُها أنها صرفت المال إلى أغراضها في حياتها ، ولها ذلك بخلاف السفيهة و المكاتبة ؛ وهو كما لو نكح المريضُ أبكارًا بمهور أمثالهنّ ، وهو مُسْتغْنٍ عنهن : جاز ذلك .

وأما الزيادة على مهر المثل ، فيُحْسب [٣] من الثلث . وقال أبو حنيفة (رحمة الله عليه) : أصلُ المهر يُحْسبُ من الثلث [٤] .

* * *

(١) كلمة : « قول » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « ولا يحسب » .

(٣) في (أ) : « فيحتسب » .

(٤) انظر : المبسوط (١٩٢/٦) . الهداية (١٧/٢) . الدر المختار (٤٦٠/٣) .

الركن الثالث

المعوَّض

وهو البضع ، وشرطه : أن يكون مملوكا / للزوج ؛ فلا يجوز [للزوج] [1] مخالعةُ المختلعة وإن كانت بعدُ في العدة ، إذ لا ملك . ووافقَ على هذا أبو حنيفة (رحمه الله) وإن خالفنا [2] في لُحُوقِ الطلاقِ إياها [3] . ‎/١٨٤

وأما المرتدة – بعد المسيس – إذا خالعها ، صَحَّ إن عادت إلى الإسلام قبل [انقضاء] [4] العدة ، وإن أصرت تبين الفساد ، وله التفات إلى [5] وقف العقود .

وأمَّا الرجْعِيَّة ففي مُخَالَعَتِها قولان :

أحدهما : [أنه] [6] يصح ؛ لأنَّ المِلْكِ قائم [7] .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (ب) : « وإن خالف » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يلحق المختلعةَ طلاقٌ بحال ، سواء طلقها متصلا بالخلع ، أم منفصلا . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (١٩٨/٥) . تكملة المجموع (١٧٣/١٨) . حلية العلماء (٥٥٣/٦) . المقنع ص (٢٢٧) .

ومذهب الحنفية : أنّ المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة ، لكن – عندهم – يلحقها الطلاقُ بالصريح لا بالكناية ، ولا بمرسل الطلاق ، وهو قوله : « كل امرأة لي طالق » . انظر : المبسوط (١٧٥/٦) . حليه العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال الشاشي (٥٥٤/٦) .

مذهب المالكية : الذي وجدته في الكافي لابن عبد البر أنه لا يلحق المختلعة طلاقٌ ، وفى المنتقى للباجي تفصيلٌ ، وقد فرّق بين أن يُطلقها عقيب خُلْعِه لها مُتّصلا بالخلع ، وبين أن ينفصل الطلاق عن الخلع ، ففي الصورة الأولى يلحقها الطلاق لا في الصورة الثانية . انظر : الكافي ص (٢٧٦) . المنتقى (٦٨/٤) . الإفصاح لابن هبيرة (١٤٤/٢ وما بعدها) .

(٤) زيادة من (أ).

(٥) في (أ) : « على » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) وهذا القول رجحه النووي في الروضة (٣٨٨/٧) .

والثاني : لا ؛ لأنه لِأَجَلٍ ، والطلقةُ الثانية لا تفيد في حقها أمرًا جديدًا ، فينفذ [1] طلاقًا رجعيًا كما في السفيهة .

وفيه وجه آخر : أنه يصحُّ مخالعتُها بالثالثة دونَ الثانية ؛ إذ الثانية لا تُفيدها شيئًا جديدًا ، وهو بعيد .

* * *

(١) في (ب) : « فيفيد » .

الركن الرابع

العِوَض

وَشْرطُه : أنْ يكونَ مُتَمَوَّلًا معلوما . وبالجملةِ ، يُشترط فيه شرائطُ المبيع والثمن . فإن خَالع على مجهول ، فسدَ العوضُ ، ونفذت البينونَةُ ، والرجوعُ إلى مهر المثل .

وإن خالع على خمرٍ ، أو خنزيرٍ ، أو مغصوب ، أو حُرٍّ [أو شيءٍ] [1] مما يقصد وهو غير معلوم : فسد العوضُ . والرجوعُ إلى القيمة أو مهرِ المثل ؟ فيه قولان [2] ، كما ذكرناه في الصداق . ولو خالع على دمٍ ، وقع الطلاقُ رجعيًّا ؛ لأن ذلك لا يُقْصد بحالٍ ، والميتةُ كالخمرِ لا كالدم ؛ فإنها قد تُقْصَد لطعمة الجوارح . والتفَصيلُ في هذا كالتفصيلِ في الصّداق .

فرع : إذا قال : خالعتُكِ على ما في كفِّكِ ،صَحَّ الخلعُ إنْ صححنا بَيْعَ الغائبِ ، ونُزّل على ما في كفِّها . وإنْ لم نُصَحِّحْ ، فسدَ العوضُ ، والرجوعُ إلى مهرِ المثل ، ولا يرجع إلى قيمتِه [3] أصلًا ؛ لأنّ مأخذَ الرجوع إلى القيمة الرّضا بالمالية ، والرضا بالمجهولِ لا يُتَصَوَّر . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « إن لم يكن في كفّها شيء ، نُزِّل على ثلاثة دراهم » [4] . ولعله يقول : معناه ما في كفّها المقبوض من عقود الحساب ، وليس

---

(١) زيادة هامة من (أ) .

(٢) رجح النووي أنه يرجع عليها بمهر المثل . انظر الروضة (٣٩٠/٧) .

(٣) في (أ) : « إلى القيمة » .

(٤) عند الحنفية في هذه المسألة صورتان :

(الأولى) : أنها إذا قالت : خالِعْني على ما في يدي – وليس في يدها شيء – فلا شيء عليها .

(الثانية) : أن تقول : خالعني على ما في يدي من الدراهم – وليس في يدها شيء – لزمها ثلاثة دراهم ؛ لأنها سمّت الدراهم ، وأقل الجمع ثلاثةٌ .

ومذهب الحنابلة كمذهب الحنفية في الصورة الثانية . انظر : بدائع الصنائع (١٤٨/٣ وما بعدها) الاختيار (١٥٨/٣) . فتح القدير (٢٢٤/٤) . الدر المختار مع رد المحتار (٤٤٦/٣ وما بعدها) . المقنع ص (٢٢٧) . =

فيه إلا ثلاثة ؛ إذ لا معنى لقبض الإبهام والسّبّابة في الحساب ، ثم يرى تنزيله من الأعداد على النقد أولى ، ومن النقود على الأدنى ، وهو الدراهم .

والوجه تنفيذُه رجعيًّا (1) ؛ فإنّ ما ذكره – وإن تكلَّفْنا له خيالًا – فهو تعسُّف ظاهر .

وَمِمَّا يتعلَّق بالعوض موافقةُ الوكيلِ ، ومخالفتهُ ، والنظرُ في وكيله ، ووكيلها :

أما وكيلُه : فإن قال له : خالعْ بمائةٍ ، فخالعَ بها ، أو بما فوقها : صَحَّ . وإن نقص ، لم ينفذِ الطلاقُ ؛ لمخالفتِه . وإن قال : « خَالِعْ » مطلقًا نفذ خُلْعُه بمهر المثل فما فوقه (2) .

فإن نقص (3) ؟ فالنصُّ في « الإملاء » : أنه لا يبطل ؛ لأنه أذن مطلقًا ، فيتناول ذلك بعمومه وإنما ينزل في البيع على ثمن المثل ؛ للعُرْف الجاري في مقصود الأموال (4) ؛ إذ لا مقصودَ فيها سوى الماليّة . وفيه قول مُخَرَّج : أنه يبطل ، كما لو عَيَّنَ المقدارَ ، وله اتجاهٌ . وفي مسألة تعْيين المقدار قولٌ مخرّج من هذه المسألة : أنه لا يبطل وإن نقص .وهو ضعيف .

فإن فَرَّعْنا على النصّ – وهو أنه لا يبطل – فما الذي يحصل ؟ فيه طريقان :

(**أحدهما**) : ذكره الشيخ أبو علي ، أن للزوج الخيار ، ولكن في تَخَيُّرِه قولان :

أحدهما : أن معناه ، أنه إنْ رضي بذلك ، نفذ ، وقد قَنَعَ بالمسمّى ، وإلّا امتنع الطلاقُ . ولا ينبغي أن يُؤْخذ هذا من وقف العقود ، بل مأخذُه : أنَّ لَفْظَه عام ، وله أن يقول : اردتُ به مَهْرَ المثلِ ، وعلامة ذلك أن لا يَرْضى بالمسمَّى ، فإن رَضِيَ بالمسمَّى ،

= وأما ما ذكره الإمام الغزالى من تأويل للحنفية في هذا الحكم ، فليس هذا ما قالوه ، بل قالوا : إنها قالت : « على ما في يدي من دراهم » فَذَكَرَتْ جَمْعًا ، وأقلُّ الجمعِ ثلاثةٌ .

(1) قال النووي : « المعروف الذي أطلقه الجمهور ، وقوعُه بائنًا بمهر المثل ، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين » .

روضة الطالبين (٣٨٩/٧) . وانظر : كفاية الأخيار (٥٠/٢) .

(2) في (ب) : « وما فوقه » .

(3) يعني إن نقص الوكيل في الخلع عن مهر المثل .

(4) في (أ) ، (ب) : « عقود الأموال » .

فكأنه أراد ذلك بالعموم .

والقول الثاني : أنه إن شاء ، قنع بالمسّمى ، وإلا صار الطلاق رجعيًا ، وامتنع العوضُ أصْلًا ؛ إذ رَدُّ الطلاق لخيرته ، بعيدٌ ، وتكليفُها مَهْرَ المثلِ وما رَضيتْ إلا بالمسمَّى : بعيدٌ .

(الطريقة الثانية) : نقْل القولين على وجهٍ آخر :

أحدهما : [أنَّه] [1] لا خيارَ له إلا بَيْنَ المسمَّى ومَهْرِ المثل ، فأمَّا الطلاقُ فلا خيارَ فيه .

والثاني : أنه لا خيارَ له أصلًا ، بل فسد العوضُ . والرجوعُ إلى مهرِ المثل . وهذه الطريقَة أقيسُ [2] . ويحصُل من هذه الاختلافات خمسةُ أقوالٍ إذا جمعت .

أَمَّا وَكِيلُها بالاختلاع بمائة – إن وافق أو نقص – صَحَّ . وإنْ زادَ ، فالنصُّ : وقوعُ البينونةِ [3] ، واختيارُ المزنيِّ أنّه لا ينفذ [4] . وهو القياس ؛ لانه خالفَ ، ولم يُجْعل اختياره تخريجا مع اتجاهه .

ثم فيما يلزمها – على النّصِّ – قولان :

أحدهما : أنه يفسد المسمَّى ، واللازمُ مهرُ المثل [5] .

والثاني : أنه يلزمها ما سَمَّتْ ، وزيادةُ الوكيلِ أيضًا تلزمها [6] إلا ما جاوزَ من زيادةِ مهرِ المثل ، فإنَّها لا تلزم .

هذا إذا أضاف الوكيلُ الاختلاعَ إلى مالها . فإنْ أضاف إلى نفسه نَفَذَ ، ولزم

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) وهو الأظهر كما في الروضة (٣٩١/٧) .

(٣) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في هذه المسألة في الأم (٢٠٥/٥) .

(٤) انظر روضة الطالبين (٣٩٢/٧) .

(٥) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة (٣٩٢/٧) .

(٦) من قوله : « على النص قولان : .. إلى قوله : وزيادة الوكيل أيضًا تلزمها » ساقط من (ب) .

الوكِيلَ / تمامُ ما سمَّى ، وليس عليها شيءٌ ؛ لأن اختلاعَ الأجنبيِّ بنفسه صحيحٌ . ١٨٥/أ

وإن أطلق الوكيلُ ، ولم يُضِفْ إليها ولا إلى نفسِه ، فالبينونةُ حاصلةٌ على النصّ ، وفيما يلزمها قولان :

أحدهما : أنّ عليها ما سمَّتْ ، والزيادةُ على الوكيل ، كأنه قد افتداها بما سَّمتْ وزيادة من عند نفسه [١] .

والثاني : أن الزيادة عليها أيضًا ، ما لم يجاوزْ مَهْرَ المثل ، فما جاوزَ مَهْرَ المثل ، فهو على الوكيل

وقياسُ مذهبِ المزنيّ ، صحةُ الخلعِ مع الأجنبيّ ، وانصرافه عنها ، كالوكيل بالشراءِ بمائةٍ – إذا زاد – فإنّه يقع عنه ، إذا لم يصرحْ بالإضافة إلى الموكِّل .

فأما إذا أضاف الوكيلُ المال إليها ، وضمنَ ؟ قال الصيدلاني : « هو كما لو أطلق الوكيل » وهذا ضعيفٌ ، بل الإضافةُ – إذا فسدت – فالضمانُ المرتَّبُ عليه [٢] لا يصحُّ ، ولا يؤثِّر فيه .

هذا كله إذا عَيَّنَتْ مائةً ، فإن أَذِنَتْ مطلقًا ؟ قطع الأصحابُ بأن ذلك كالمقدَّربمهر المثل والمصرَّح به .

هذا كلُّه فى المخالفة بالمقدار ، فلو خالف في الجنس – بأن قالت : « اخْتَلِعْني بالدراهم » فاختلعَ بالدنانير – قال القاضي : انصرف الخلع عنها [٣] ؛ لأنه مخالفٌ ، بخلاف ما إذا زاد فإنه أتى بما أَمَرَتْ وزيادة [٤] ، وهذا يؤكدُ اختيار المزنيّ ؛ لأنَّ الفساد هاهنا أيضًا في العوض .

* * *

---

(١) رجح النووي هذا القول . انظر الروضة (٣٩٣/٧) .

(٢) في (أ) : « عليها » .

(٣) في (أ) : « انصرف عنها » .

(٤) والأصح أنه تحصل البينونة ، وبه قطع البغوي ، ثم يُنْظر :

* إن أضاف الخلع إلى مالها ، ولم يقل : وأنا ضامن ، فالرجوعُ عليها بمهر المثل على الأظهر ، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمّت في القول الثاني .

* وإن قال : « وأنا ضامن » أو لم يضف العقد إليها لم يرجع إلا ببدل ما سَمَّتْ . انظر الروضة (٣٩٣/٧) .

الركن الخامس

الصيغة

وفيه مسائل :

إحداها : أنه لو قال : « طلقتُكِ بدينارٍ على أنَّ لي الرجعةَ » ففي المسألة قولان :

أحدهما : - وهو الذي نقلَه المزنيُّ - أنّ العِوضَ يسقُطُ ، ويَنْفُذ الطلاقُ رجعيًّا ؛ إذ لا جمعَ بين العوضِ والرجعةِ ، والعوضُ هو المحتاج إلى إثباتِه دونَ الرجعةِ ، فيندفع بذكر الرجعة [1] .

والثاني : - وهو القياسُ ، وقد نقله الربيعُ [2] واختارَه المزنيُّ - [3] أنّ العوضَ يفسدُ ؛ لاقترانِ الشرط به ، وتنفذ بينونة [4] على مهرِ المثلِ ؛ لأنَّ دَفْعَ الرجعةِ ، أهونُ من دفع البينونة .

الثانية : المرأة تتوكَّل في الاختلاع ، وهل تتوكل في الخلع ؟ فيه وجهان ، ووجهُ المنعِ : أنها لا تَقْدِر على الاستقلال بالخلع ، ويجري الخلافُ في توكُّلِها [5] بالتطليق [6] ، مع أنه لا خلافَ أنه لو قال لها زَوْجُها : طَلِّقِي نفسَكِ ، فقالت : طَلَّقْتُ ، يَنْفُذ . ولكن هو تمليكٌ أو توكيل ؟ فيه خلاف.

الثالثة : الوكيل بالخلع ، هل يتولَّى طَرَفَيِ الخلْعِ ؟ فيه وجهان [7] . ومن جوَّزَ ذلك

---

(١) انظر ما نقله المزني في مختصره ص (١٨٧) .

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣) انظر هذا الاختيار في مختصره ص (١٨٧) .

(٤) في (ب) : « البينونة » .

(٥) في (أ) : « توكيلها » .

(٦) رجح في الوجيز (٤٤/٢) صحة توكيلها في الخلع والطلاق ، وكذلك النووي في الروضة (٣٩٨/٧) .

(٧) والصحيح أن الوكيل لا يتولى طَرَفَيِ الخلع . انظر الوجيز (٤٤/٢) . روضة الطالبين (٣٩٩/٧) . الغاية القصوى (٧٨٠/٢) .

على خلاف البيع والنكاحِ : علَّل ذلك بأن الخلع يكفي فيه اللفظُ من أحدِ الجانبين ؛ فإنه لو قال : « إنْ أعطيْتِني ألفًا فأنتِ طالقٌ » – فأعطتْ – حصلت البينونةُ .

الرابعة : لو خالعها على أن تُرْضعَ ولدَه حولينْ ، صحَّ الاستئجارُ والخلعُ . ولو أضاف إليه الحضانةَ جاز . ولو أضاف إليه نفقةَ عشرِ سنين مثلًا وقدَّرَها ووصفَها [(١)] – بحيث يجوز فيه السَّلَمُ [(٢)] – انبنى على تجويز الجمع بين صفقتينْ مختلفتينْ [(٣)] . فإن أفسدنا [(٤)] ، فالرجوعُ إلى مهر المثل ؟ أو إلى بَدَلِ هذه الأشياءِ ؟ فعلى قولين [(٥)] .

ومنهم مَنْ قطع هاهنا ، بأن الرجوعَ إلى مهر المثل ؛ إذ لو جوزْنَا الرجوعَ إلى أبدالٍ مختلفةٍ ، لصحَّحْنا العقدَ على أبدالٍ مختلفة .

ومنهم مَنْ قال : وإن لم نصحِّح الجمعَ بين صفقتينْ مختلفتينْ ، جوّزْنا هاهنا ؛ لأنّ النفقة هاهنا تابع للحضانةِ غيرُ مقصود [(٦)] .

التفريع : إن صحَّحنا ، وعاشَ الولدُ واستوفاه ، فإن كان زهيدًا فالزيادةُ للزوجِ ، وإن كان رغيبًا ، فالزيادةُ على الزوج .

ولو مات في وسط المدةِ ، فلا يَخْفى حكمُ تفريقِ الصفقةِ بسبب الانفساخِ في البعضِ ، ووجهُ التفريعِ عليه .

---

(١) في (أ) : « وقَدَّرَه ووَصَفَه » .

(٢) السَّلَم : نوع من البيع ، وهو السَّلَف وزنا ومعنًى ، وهذا النوع من البيع يُعجل فيه الثمن ، وعادةً ما يكون المبيع ليس موجودًا في الحال ، ولكن يشترط فيه ضبط « المبيع » بالوصف إلى أجل معلوم ، وهو مشروع بالكتاب والسنة . انظر : المصباح المنير (٤٣٧/١) . مادة (س ل م) . أنيس الفقهاء ص (٢١٨ وما بعدها) . بحوث في المعاملات في فقه الكتاب والسنة ص (٦٧ – ٧٢) لأستاذنا الدكتور / أحمد يوسف .

(٣) وفيه طريقان ، أصحهما : القطع بالصحة ؛ لأن المقصود الكفالة ، وهذه الأمور تابعة . انظر الروضة (٤٠١/٧) .

(٤) في (أ) : « فإن فسد » .

(٥) والأظهر الرجوع إلى مهر المثل . انظر الروضة (٤٠١/٧) .

(٦) في (أ) : « لأن النفقة – هاهنا – تابعةٌ للحضانة غير مقصودة » .

الباب الثالث

في موجب لفظ الزوج في إلزام [١] العوض وتسليمه

(وفيه فصول)

الفصل الأول

في الألفاظ الملزمة وحكمها

وفيه مسألتان [٢] :

الأولى : أن الملزم الصريح قوله : « أنت طالق على ألف » أو « طلقتُكِ على ألفِ » [٣] .فلو قال : « أنت طالقٌ ولي عليكِ ألفٌ » ، وقع الطلاق رجعيًّا [٤] ؛ لأنّه صيغةُ إخبارٍ ، لا صيغةُ إلزامٍ . وقولُه : « أنتِ طالقٌ » مستقلٌ ، فينفُذ ، ويلغو قولُه : « ولي عليكِ ألفٌ » . كما لو قال : وعليكِ حجّةٌ . ولو قال [٥] : « أردتُ ما يريده القائلُ بقولِهِ : « أنتِ طالقٌ على ألفِ » لم يُقْبل ؛ لأنَّ اللفظ لا يصلح . فلو توافقا على أنه قصدَ ذلك : فمن الأصحاب من قال : يُنَزَّل عليه ، وتلزم الألفُ [٦] . ومنهم مَنْ قال : لا أَثَرَ للتوافق ؛ إذِ اللفظُ غيرُ صالحٍ له .

أما إذا قال : « أنتِ طالقٌ على أنّ لي عليكِ ألفًا » فظاهِرُ هذا أنه شرط ، والطلاق

---

(١) في (أ) : « التزام » .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « وفيه مسائل » .

(٣) يعني إذا قال الزوج ذلك وقبلتْ زوجتُه ، فقد صح الخلع ولزم الزوجةَ إعطاؤه ألفًا .

(٤) وهذا إن لم يسبقه استيجاب من الزوجة ، بل ابتدأها الزوج . أما إذا قالت : « طلقني ولك عليّ ألف» فأجابها ، فإنه يقع بائنًا بالألف . انظر الروضة (٤٠٤/٧) .

(٥) في (ب) : « فلو قال » .

(٦) وهذا أصح القولين . انظر الروضة (٤٠٤/٧) .

لا يقبل الشرطِ ، فيلغو [1] . / ولكنه لو قال : « أردتُ الإلزامَ » فهذا أدَلُّ على الإلزام ١٨٥/ب من الصيغة الأُولى . ولكنْ قال صاحبُ « التقريب » : « لا يُقْبل » [2] . وفي كلام

---

(١) وهذا إذا قبلت الزوجة ما قاله الزوج ، وقد اختلفوا فيما يقع بناءً على هذا ، فرجح الغزالي في الوجيز (٢/ ٤٥) أن الطلاق يقع رجعيا ، وفي « الروضة » أنه طلاق بائن ، ويلزمها المال ، وقال : « وهذا هو الصواب المعتمد ، وهو نصه في « الأم » وقطع به صاحب « المهذب » وسائر العراقيين ثم حكى ما رجحه الإمام الغزالي . انظر الروضة (٧/ ٤٠٥) .

(٢) قال الحموي : « قوله فيه : (ولو قال : أنت طالق على أن لي عليك ألفًا) الذي في نسخة الوسيط في لفظ هذه المسألة : (أما إذا قال : أنت طالق على أن لي عليك ألفًا ، فظاهر هذا أنه شرط . والطلاق لا يقبل الشرطَ ، فيلغو ، ولكنه لو قال : أردت الإلزام بهذا ، دلَّ على الإلزام للصيغة الأولى ، وقع الطلاق رجعيًا ؛ لأنه صيغة شرط والطلاق لا يقبله) .

قلت : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال الطلاق لا يقبل الشرط ، والطلاق يقبله بالاتفاق .

الثاني : أنه جعل « على أن لي عليك ألفًا » شرطًا وإنه ليس كذلك بإجماع أهل العربية ، فإن صِيَغَ الشرط معدودة ، وهذا ليس منها بالاتفاق .

قلت : لا بد من ذكر قاعدة يبني عليها الجوابُ ، وهو أن العقود على إطلاقها ، منها ما يقبل الشرطَ وهو في غالب أحواله ، ومنها ما لا يقبله ، ومنها ما يقتضيه تارةً ولا يقتضيه أخرى .

فأما ما يقبل الشرط فمعظمُ الشروط أصلها العقود ، كالوقف في غالب أحواله ، إذا كان على الموقوف عليه ، مثل وقفت على زيد بشرط أن يتزوج ، فإذا طلَّق فلا حق له ، دون قوله : وقفت على زيد ، ثم على الفقراء إن جاء عمرو ، فإنه لا يجوز وإما لا يقبله أصلًا كالنكاح ، وإما يقتضيه تارة ولا يقتضيه أخرى كالبيع ، فإن خيار الشرط يجوز فيه الرهنُ والضمين ، وأما ما عدا ذلك فإنه لا يجوز فيه الشرطُ كما لا يخفى ، فإذا ثبت ذلك كان في مسألتنا كذلك فإنه تارة يقبل الشرطَ وتارة لا يقبله .

فأما الذي لا يقبله كقوله : أنت طالقٌ على أن الخيار فيه أو إلى ثلاثة أيام ، وكل ما كان في معناه ، وهذا غير مقبول منه بالإجماع ، وما عدا ذلك كالطلاق والعتاق ، فإنه مقبول بالإجماع ، والفرق بينهما أن ثبوت الخيار على الوجه الأول يقتضي رَفْعَ الطلاقِ بالكلية ، فأما لو صحَّحنا ذلك الشرطَ لكان له رفعه مهما شاء . ولا كذلك التعليق الثاني فإنه لا يؤدي إلى رفعه بالكلية وإنما يتأخر وقوعه ، كما لا يخفى عمن يتأمَّل ما أشرنا إليه ، فحاصل هذا أن الخُلْعَ يتضمن معاوضةً وطلاقًا ، والشرط إذا كان فيه معنى الوصف لا يقبله الطلاق ويلغو ، كما إذا قال : بعتك هذا العبدَ على أنه كاتب ، فإذا هو غير كاتب ، ووقع الطلاق رجعيًا ، أو يكون معناه : أنت طالق على أن لي الخيارَ فيه أو أن لي خيارَ ثلاثة أيام ، بخلاف سائر التعليقات ، وبه خرج الجواب .

=

غيره ما يدلُّ على القبول .

وإن قال [1] : « عَنَيْتُ « أنتِ طالقٌ » إنْ ضَمنتِ [لي] [2] ألفا » : قُبِل وذلك لو صرَّحَ به لاقتضى ضمانًا في المجلس كالتعليق بالإعطاء ، إلا أن يقول : « أنتِ طالقٌ متى ضمنتِ لي ألفًا » فإن ذلك لا يختص بالمجلس .

ولو قال : « أَمْرُكِ بيدكِ فطلِّقي نفسَكِ إنْ ضمنتِ لي ألفًا » فإن جعلنا التفويض تمليكا ، اختص الجواب بالمجلس . وإن جعلناه توكيلا ، لم يختص . ثم سبيلها أن تقول : « « ضمنت الألف وطلقت » أو « طلقت وضمنت [الألف] [3] » فيقع الطلاق والضمان معًا .

المسألة الثانية : ذكرنا أن الجواب يختص بالمجلس فيما يستدعي الجواب . ولو قال : « إن أعطيتني » أَوْ « أدَّيْتِ إليَّ [ألفًا] [4] أو « أقبضتِنى » : لم يستدع الجواب باللفظِ واختص بالمجلس لقرينة العِوَض . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنه لا يختصُّ كالتعليقات كلِّها . وكذلك إذا قال : « أنتِ طالقٌ إن شئْتِ » اختصَّ الجوابُ بالمجلس ؛ لأنّ

= قلت : وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهر ، وإنما وقع تسميتُه بذلك بطريق المجاز ، لا بطريق الحقيقة ، فإنه نلمح في الصيغة معنى الشرط ، ولهذا لو قال : عنيت أنّ لي عليه ألفًا بطريق الإلزام ، صح الخلع على وجه ، وإذا كان كذلك صح أركانه .

قال : لأنه في معنى صيغة الشرط ، والطلاق لا يقبله ، فحذف المضافَ وأقام المضافَ إليه مقامَه ، لِما عُلِمَ من دلالته على المعنى ، وعلى هذا يتجه للأول جوابٌ آخر من هذا ؛ لأنه لما كان معنى ذلك صيغة الشرط ، والطلاق لا يقبله ؛ لكونه لا يقع ذلك بطريق الإلزام ، بخلاف ما لو قال : « أنت طالق علي ألف » فإنه يقع به الإلزام في الحال فصح قولًا واحدًا فإن قيل : فقد ذكر العراقيون أنه لو قال : « علي أنّ لي عليكِ ألفًا » فقَبِلَتْ صحَّ الخلعُ ، ووجب المال ، وقالوا : لأن تقديره أنت طالق علي ألف ، وإذا قبلت صح ووقع الطلاقُ ووجب المال .

قلت : عندنا في المسألة خلاف ، واختيار الشيخ أنه ليس بخلع لما ذكرناه ، واختيار العراقيين أنه خلع ، فإنه في معنى : أنت طالق علي ألف ، كما لو قال : « أنت طالق إن أعطيتني ألفًا » وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٣ / أ - ١٥٥ / أ) .

(١) في (أ) : « ولو قال » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) زيادة من (ب)

التعليقَ بالمشيئة يُشبِه استدعاءَ جوابٍ وقَبولٍ . وكذلك لو قال : « أنتِ طالقٌ على ألف إن شِئْتِ » فقالت : « شِئْتُ وقَبِلْتُ » : اختصَّ بالمجلس وصَحَّ ، ويكفي قولُها : « شِئْتُ » أو « قَبِلْتُ » ؛ إذ أحدُهما يؤدِّي المعنيين جميعًا . وفيه وجه : أنه لا بُدَّ منهما جميعًا ، ويلزم عليه تجويزُ الرجوع قبل القبول ؛ لأنه يغلب فيه مشابهُ المعاوضة .

ولو قالت المرأة : « طلِّقْني على ألف » فقال : « أنت طالق على ألف إن شئتِ » لم يكن جوابا ، بل كان كلامًا مستأنفًا ، يستدعي منها جوابًا مستأنفا [1] .

* * *

---

(١) قوله : « يستدعي منها جوابا مستأنفًا » ساقط من (ب) .

الفَصْلُ الثّاني

في حُكْمِ الإعطاء

فنقول : إذا قال : « إنْ أعطَيْتِني ألفًا فأنتِ طالقٌ » فالإعطاء هو أن تضع بين يديه ، وليس يُشْترط قَبْضُه باليدِ إلا إذا قال : « إن أَقْبَضْتِني » فلا بُدَّ من قبضِه عند ذلك .

ثم إذا وَضَعتْ بين يديه ، وقعَ الطلاقُ ودخل في مِلْك الزوج ، ولم يَجُزْ لها الرجوعُ . وفي دخولهِ في مِلْك الرجل - من غير لفظ منها - ، إشكالٌ يؤيدُ تجويزَ المعاطاةِ ؛ لأنها لم تملك ، ولا سَبَقَ منها التزامٌ لقَبولٍ [1] ، إذ لا يُشْترط القبول . لكن المذهب ما ذكرناه ، وسببُه أن التعليقَ يقتضي وقوعَ الطلاقِ عندَ الإعطاء . ثم لا يُمْكِنُ إيقاعُه مجّانًا مع قصد العِوَض ، فيدخل في ملكه لضرورةِ وقوعِ الطلاق ، وعن هذا الإشكال حكى الشيخُ أبو علي وجهًا : أنّ الطلاقَ يقعُ ويردُّ المعْطَى عليها ، ويلزمُها مَهْرُ المثل ، وهذا مُنْقاسٌ ولكنه غريبٌ . وهذا الوجْهُ [2] يجري فى قوله : « إن ضمنتِ لي ألفًا ، فأنتِ طالقٌ » ؛ لأنه [3] إذا قالتْ : « ضمنتُ » وقع الطلاقُ بحكمِ التعليق ، ولذلك يُتصور تأخرُه [4] عن المجلس . ولزومُه [5] بمجرد قولها : « ضمنتُ » مُشْكِلٌ ؛ لِدخولِه في ملكه بمجرد الإعطاءِ .

أما إذا قال : « إنْ أقبضْتني ألفًا ، فأنتِ طالقٌ » : طلّقت بالإقباضِ طلاقًا رجعيًّا ، ولم يملكه الزوجُ ؛ لأن بالإعطاءِ يُنْبيء عن الملك دون الإقباض . ومنهم من ألحق الإقباض في اقتضاء الملك .

ومِنْ حكم التعليق أيضًا أنّه لو قال : « إنْ أعطيْتِني ألفًا فأنتِ طالقٌ » فأعْطَتْ ألفيْنِ ، طُلِّقتْ ، ومَلَكَ الزوجُ ألفًا ؛ لأنّ « الألفين » مُشتمِلٌ على الألف [6] ، فقد وُجِدَتِ الصفة [7] بخلاف ما إذا قال : « خالعتُك بألف » . فقالت : « قَبِلْتُ بألفين » : لم يَصِحّ ، لأنه جوابٌ لم يُوافِقِ الخطابَ ، [والله أعلم] [8] .

---

(١) في (ب) : « بقبول » . (٢) في (أ) : « وهذا القول » . (٣) في (ب) : « لأنها » .

(٤) في (أ) : « تأخيره » . (٥) في (أ) : « ولزومها » . (٦) في (أ) : « تشتمل » .

(٧) في (ب) : « الصيغة » . (٨) زيادة من (ب) .

الفصل الثالث

في التعليق بالنقد

وفيه مسائل :

الأولى : إن قال [1] : إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق - وفي البلد نقودٌ مختلفةٌ كُلُّها نُقْرة خالصةٌ [2] ، لكنِ الغالبُ في المعاملة واحدٌ - فَأَتَتْ بالغالب : طُلِّقتْ ، ومَلَكَ الزوجُ .

ولو أَتَتْ بغير الغالب ، طلقت ولم يملِكِ الزوجُ ، بل يجبُ إبدالُه بالغالب [3] ، وإنما طلقتْ لعموم لفظِ التعليق ، والعُرْفُ إنما يُؤَثِّر في المعاملات .

أَمَّا التعليقُ فلا يَقَعُ غالبًا حتى يُؤَثِّرَ العرفُ في تعيين العموم ، وكذلك لا يؤثر في الإقرار حتى لو قال : « عليّ ألفٌ » فله أن يُسَلِّم كلَّ ما ينطلق عليه الاسمُ ؛ لأنّ الموجبَ [السبب] [4] هو المخبَرُ عنه ، وذلك مجهولٌ ، فكيف يحكم العرف فيه ؟! نعم ، لو قال : « أنتِ طالقٌ على ألف » نُزِّل على الغالب ؛ لأنّ هذه معاملةٌ ، فتفارق التعليقَ والإقرارَ ، وبَقِيَ الإشكالُ في أنه وَجَبَ إبدالُه بالغالب ، وسببُه : أنّ مِلْكَ الزوجِ مِنْ حكم المعاملة [5] فينزَّل على الغالب ، وعند هذا صار وَجْهُ الشيخ أبي على [6] في الرجوع إلى مهر المثل أَوْجَهُ / ؛ لأنه إنْ لم يكن المعْطَى هو المرادَ ، فَلِمَ طلقتْ ؟ وإن كان هو المرادَ ، فَلِمَ يَجِبُ الإبْدالُ ؟ فإن جاز الإبدالُ فالرجوعُ إلى مهر المثل أَوْلى ، وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو كان الألفُ الغالبُ مَعِيبًا ، فإذا جاءتْ بهطلقتْ،

186/أ

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا قال » .

(٢) النُّقْرة : هي الفضة المسبوكة بعد الذوبان ، وقد تُطلق على الذهب . انظر المصباح المنير (٢/٦٠٩) . القاموس المحيط (٦٢٦) مادة (ن ق ر) .

(٣) والصحيح - كما في الروضة وخلافًا لما رجحه الغزالي - أن الزوج يملكه ، وله ردُّه ، والمطالبة بالغالب . انظر الروضة (٧/٤٠٩) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « المعاملات » .

(٦) في (ب) : « أبو علي » وهو جائز على الحكاية .

ورَجَعَ الزوجُ عليها بالسَّليم » .[1] وهذا يَزِيدُ في الإشْكال الذي ذكرناه .

المسألة الثانية : إذا كان في البلد دارهمُ ناقصةٌ في الوزن - عليها التعاملُ بالعدد ، وهي نقرةٌ خالصةٌ - فلفظُ « الإقرار » و « التعليق » لا يُنَزَّل عليها ، بل على الوازنة الكاملة ؛ لأنَّ العُرْفَ لا يُؤَثِّر فيها . نعم ، مُطْلَقُ البيع ، هل يُنَزَّل عليه [2] ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لِعُرْفِ المعاملةِ [3] .

والثاني : لا ؛ لأنّ اللفظَ صريحٌ في الوازنة التَّامة ، والعُرْفُ لا يُغَيِّرُ الصريحَ ، وإنما يُخَصِّص العمومَ عند شمول اللفظ [4] .

نعم ، لو فسّر الإقرار بالناقصة ، هل يُقْبل ؟ فيها وجهان [5] . وكذا في تفسير المعلّق بالمعتاد [6] . فيه وجهان [7] . وإنما يَجْري الخلافُ في التعليق في العددية الزائدة. أَمَّا النّاقِصةُ ، فيقبل التفسير في [8] المعلَّق بها ؛ لأنّه توسيعٌ لبابِ الطلاق .

المسألة الثالثة : إذا كان الغالبُ دارهمَ مغشوشةً ، فلا يُنَزَّل عليها إقرارٌ وتعليق ، لكنْ تَصِحُّ المعاملة عليها ، إن كان قَدْرُ النقرةِ معلومًا . وإن كان مجهولًا ، ففي صِحّة المعاملة على أعيانها وجهان . والصحيحُ : أنه يقبل تفسيرُ المقِرِّ بها إذا غَلبتْ في المعاملة .

---

(١) في الأصل : « بالتسليم » وهو خطأ . وانظر قول الشافعي في مختصر المزني ص (١٨٩) . ولفظُه « ولو أعطتْه إياها [يعني الدراهم] رديئةً . فإن كانت فضة ، يقع عليها اسمُ « دراهم » طُلِّقتْ ، وكان عليها بدلها » .

(٢) في (أ) : « عليها » .

(٣) وهذا الوجه هو أصحهما ، فينزل عليه ؛ لأنها التي تُقْصد في مثل هذه البلدة . انظر الروضة (٧/ ٤١٠) .

(٤) وذلك كلفظ « الدابة » مثلا ، فهو في اللغة يقع على الإنسان ، والحيوان ، وكل ما يدبُّ على الأرض ، ولكن العُرْف خصَّصه بالمركوب من ذوات الأربع انظر : المصباح المنير (٢٨٨/١ وما بعدها) . القاموس المحيط ص (١٠٥) مادة (د ب ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فيه وجهان » ، ورجح الغزالي في الوجيز (٤٦/٢) أنه يقبل .

(٦) أي بالمعتاد من الدراهم .

(٧) رجح في الوجيز (٤٦/٢) أنه يقبل ، وكذا في الروضة (٧/ ٤١٠) .

(٨) في (أ) : « من » .

الفصل الرابع

في التعليق [1] بإعطاء ثوبٍ أو عبْد [1]

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : إنْ أعطيتني عبدًا منْ صفته كَيْتَ وكَيْتَ [2] – ووصَفَه إلى حَدٍّ يجوزُ السَّلَمُ فيه – فإذا أتت بمثله ، طُلّقَتْ ، ودَخَل في مِلكه [3] .

أَمَّا إذا قال : « إنْ أعطيتني عبدًا » واقْتَصَرَ ، فمهما أَتَتْ بعبْد – سَليم أو معيب كيفما كان – طُلِّقَتْ ، والرجوعُ إلى مهرِ المثلِ ؛ لأنه مجهولٌ ، فلا يمكنُ الرجوعُ إلى قيمته . وإن أَتَتْ بعبدٍ مغصوبٍ ، ففي وقوع الطلاق وجهان :

أحدهما : يقع [4] ؛ لحصولِ الاسم ؛ ولأنَّ الرجوع إلى مهر المثل ؛ فلا معنى لاشتراطِ الملك .

والثاني : لا يقعُ ؛ لأنَّ لفظَ الإعطاءِ ، يُنْبِئُ عمّا تَقْدِرُ المرأةُ على إعطائه [5] .

التفريع : إنْ شرطنا الملك ، فلو قال : « إن أعطيتني خمرا » فهل تكون الخمر المغصوبة المحترمة [6] كالتي لم تغصب ؟ فيه ترددٌ ، من حيث إن الملك غير مُتَصَوَّر فيها ، لكن الاختصاص الممْكِن فيه لا يَبْعُد أن يُعْتبر .

المسألة الثانية : إذا عَيَّنَ عبدًا ، فقال : « إن أعطيتني هذا العبد » وقع الطلاقُ بإعطائه ، ومَلَكَه . فإن كانَ مَعِيبًا طُلقتْ بحكم التعليقِ ، [7] ولكن يرد عليها [7] ،

---

(١) في (أ) : « بإعطاء عبد أو ثوب » .

(٢) جواب « إنْ » الشرطية محذوفٌ ؛ وذلك لأنه معلوم من السياق ، وتقديره « فأنت طالق » .

(٣) وإذا أتت به على غير الصفة المشروطة ، فلا تطلق . انظر الروضة (٤١٢/٧) .

(٤) في (ب) : « نعم » .

(٥) رجح النووي (رحمه الله) أن الطلاق لا يقع . انظر الروضة (٤١٢/٧) .

(٦) الخمر المحترمة ، وهي التي يُحْترم ملْكُها ، كأنْ تكون مملوكة لِذِمّيٍّ مثلًا .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ولكن رُدّ عليها » .

ورَجَعَ إلى قيمةِ السَّليم أو إلى مهر المثل ؟ على اختلافِ القولين [١] . وإن خرج مستحقا ؟ قال ابنُ أبي هريرة [٢] : نتبينُّ أنّ الطلاقَ غَيْرُ واقعِ ؛ لأنه غيرُ قابلٍ للإعطاء . وقال القاضي : طُلقت ، والرجوعُ إلى البدلِ ؛ لأنها أَعْطَتْ ما عَيَّنَه الزوجُ [٣] .

فلو صَرَّح وقال : إن أعطيتني هذا العبدَ المغصوبَ ؟ فوجهان مرتَّبان ، وأَوْلى بوقوع الطلاقِ ؛ لِتصريحِه [٤] .

ثم إذا صححْنَا رَجَعَ إلى مهر المثل . وفيه وجهٌ : أنه يقعُ الطلاقُ رجعيًا ؛ لأنه قَنَعَ بغيرِ شَيء . وقيل : يطرد هذا فيما لو قال : « إن أعطيتني خمرًا » وهو بعيد في المذهب .

أما إذا قال : « إنْ أعطيتني هذا الحرَّ » فالظاهِرُ : أنَّ الطلاقَ يقعُ بإعطائه رجعيًا [٥] ؛ لأنَّ الصيغةَ فاسدةٌ لا تَصْلح لطلبِ العِوَضِ . وقيل : إنَّ ذلك كالمغصوبِ والخمرِ .

المسألة الثالثة : لو قال : إن أعطيتني هذا الثوب ، وهو مَرْوِيّ [٦] فسَلَّمت [٧] ، فإذا هو هروي [٨] : لم تطلق ؛ لعدم الشرط .

أما إذا قال : « إن أعطيتني هذا الثوب المرويَّ » فإذا هو هرويٌّ ، ففيه تردُّدٌ ؛ لأنه

---

(١) وفي الروضة (٤١٣/٧) والغاية (٧٨٢/٢) أنه يرجع إلى مهر المثل .

(٢) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٣) انظر الروضة (٤١٣/٧) والغاية (٧٨٢/٢) .

(٤) والمذهب وقوع الطلاق بائنا بمهر المثل . الروضة (٤١٣/٧) .

(٥) رجح النووي وقوع الطلاق بائنا بمهر المثل . الروضة (٤١٣/٧) .

(٦) قال النووي : « قولهم : « ثوب مَرْوِيّ » هو بفتح الميم ، وإسكان الراء ، وتشديد الياء منسوب إلى « مرو » وهي مدينة معروفة بخراسان ، ويُنسب إليها أيضًا « مَرْوَزي » بزيادة زاي ، وهو من شواذ النسب » ا . هـ . تهذيب الأسماء واللغات (١٣٧/٢/٣) . وانظر المصباح المنير (٨٧٩/٢) والقاموس المحيط ص (١٧١٩) مادة (م ر و) .

(٧) أي فَسَلَّمَتْه هذا الثوب .

(٨) قال النووي : « قولهم : « ثوب هَرَوِيّ » و « دينار هروي » هو بفتح الهاء والراء ، و كسر الواو ، وتشديد الباء . منسوب إلى « هراة » وهي إحدى مدن خراسان المشهورة . تهذيب الأسماء واللغات (١٨١/٢/٣) .

متردد بين صيغة الشرط والإخبار على وجه خطأ [1] فإنْ لم نجعلْه شرطًا [2] وقع الطلاقُ بتسليمه [2] .

ولو قال : « خالعتُكِ على هذا الثوب على أنّه هَروي » فإذا هو مرْوي ، وقعتِ البينونةُ ، سواءٌ وُجِدَ الوصفُ [3] أو لم يُوجَدْ ، ولكن [4] إن أُخلف الوصفُ ثَبَتَ خيارُ الخلف في العوض ، وفائدتُه الرجوع إلى مهر المثل أو بدله .

* * *

---

(١) والأصح أنها تطلق كما في الروضة (٤١٣/٧) وما بعدها .

(٢) في (أ) : « وقع بتسليمه » .

(٣) كلمة « الوصف » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « لكن » . وفي (ب) : « لكنه » .

الباب الرابع

في سؤال الطلاق

(وفيه فصول)

الفصل الأول

[١] في ألفاظها في الالتماس [١]

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قالتْ : « متى [٢] طلَّقْتَني فلَكَ ألفٌ » اختص / الجوابُ بالمجلس، ١٨٦/ب بخلاف قول الزوج : « متى ما أعطيتني ألفًا فأنتِ طالقٌ » فإنها تُطلَّق وإن أعطتْ في غير المجلس ، لأنَّ الغالب على جانبه التعليق ، وعلى جانبها المعاوضةُ ، فلذلك افْتَرَقَا .

الثانية : لو قالتْ : « إنْ طلَّقْتَني فأنتَ بريءٌ من الصّداق » فقال : « طلّقْتُ » نَفَذَ رجعيًّا ، ولم يَبْرَأْ عن الصداق ؛ لأن تعليقَ الإبراءِ لا يصحُّ ، وطلاقُ الزوجِ - طمعًا في البراءة من غيرِ لفظٍ صحيحٍ منها في الالتزام - [٣] لا يُوجِبُ شيئًا عليها [٣] .

الثالثة : إذا قالتْ : « طلِّقني ، ولكَ عليَّ ألفٌ » فطلَّقَها ، لَزِمَها الألفُ . وهذه الصيغة منها ، تصلح للالتزام [٤] ، بخلاف ما لو قال [٥] : « طلقتُكِ ، ولي عليكِ ألفٌ » ، فإنَّ ذلك لا يَصْلح لِإلزامِها ، فيحمل على الإخبار . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « لا يَلْزمها المالُ بذلك » وسَوَّى فيه بين الزوجينْ [٦] .

---

(١) في (أ) : « في ألفاظها من الالتماس » .

(٢) في (ب) : « متى ما » .

(٣) في (أ) : « لا يوجب عليها شيئًا » .

(٤) في (أ) : « لا تصلح للالتزام » وهو خطأ .

(٥) كلمة : « قال » ساقطة من (أ) .

(٦) يرى أبو حنيفة (رحمه الله) أن هناك فرقا بين حرف « على » وبين حرف « الواو » فى الإلزام والشرط . فالواو لا =

ولأصحابنا وجه يوافق مذهبه (١) . ولا يطرد ذلك الوجه في الجعالة ، بل هذه الصيغة ملزمة في الجعالة (٢) .

ولو قال : (٣ بعني ولك عليَّ ألف ٣) . (٤ فقد قيل : إن ذلك كالخلع والجعالة ٤) . وقيل : إن ذلك لا يحتمل في البيع .

الرابعة : لو قالت : « طلِّقني على ألف » فقال : « طَلَّقْتكِ » ولم يَذْكرِ المال . فإن قال : « لم أَقصد الجواب » (٥) قُبِلَ ، وفائدتُه ثبوتُ الرجعة ، بخلاف ما إذا قيل له : « أَطَلَّقْتَ زوجتَك ؟ » (٦) فقال : نعم ، ثم قال : « لم أَقصد الجواب » لم يُقْبل ؛ لأنَّ قوله : « نعم » لا يستقل بنفسِه ، فيتعينَّ للجواب . وكذلك مجردُ قوله : « اشتريتُ »

= تفيد إلزامًا ولا شرطا ، بخلاف « على » ؛ فإذا قال الزوج لزوجته : « أنت طالق على ألف » فقبلت ، وقع الطلاق ، ولزمها الألف . وكذلك إذا قالت الزوجة : « طلقني على ألف » فقبل ، وقع الطلاق وعليها الألف .

أما إذا قالت الزوجة : « طلِّقني ولك عليّ ألف » فقبل ، وقع الطلاق ولا يلزمها الألف . وكذلك إذا قال لها الزوج : « أنت طالق ولي عليك ألف » يقع الطلاق وليس عليها شيء . وهذا معنى قول الغزالى (رحمة الله) : « وسوّى فيه بين الزوجين » .

وقد خالف أبا حنيفة فى ذلك صاحباه أبو يوسف ومحمد (رحمهم الله تعالى) فقالا : يلزمها المال بذلك . وقد استدل أبو حنيفة لرأيه بأن قولها : « طلقني ولك عليّ ألف » (أو قوله : « أنت طالق ، ولي عليك ألف » جملتان تامتان منفصلتان ، لا ترتبط إحداهما بالأخرى إلا بدلالة من خارج هذا اللفظ ، ولأن الطلاق يَنْفكُّ عن المال بخلاف « البيع » و « الإجارة » ، فإنهما لا يُوجَدان إلا بمال .

ورأى أبو يوسف ومحمد أن هذه الأحرف الثلاثة ، وهي « الباء » و « الواو » و « على » كلها سواء في الشرط والمعاوضة ؛ بدليل أنه لا فرق بين قولهم : احمل هذا الطعام بدرهم أو « على درهم » أو « ولك عليّ درهم » . انظر : الهداية (٢٩٤/٢) ، فتح القدير للكمال بن الهمام (٢١٨/٤) حلية العلماء للقفال الشاشي (٥٦٣/٦) .

(١) وهذا ضعيف ، والصحيح الأول أنه يلزمها الألف . انظر الروضة (٤١٦/٧) .

(٢) في (ب) : « ملتزمة » . (٣) في (ب) : « بعني ولك ألف » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٥) في (أ) : « لم أقصد المال » . (٦) في (أ) : « أطلقت ؟ » بدون كلمة « زوجتك » .

دونَ ذِكْرِ المالِ : يتعين للجواب مهما قيل له : بِعْت منك .

الخامسة : إذا صدر منها كنايةٌ - كقولها : « أَبِنِّي » [1] وقوله : « أَبَنْتُكِ » - فإنْ نَوَيَا نفذ ، وإن لم يَنْوِيَا لغا . وإن نَوَتْ دونَه لم ينفُذْ ؛ لأن اعتمادَ البينونةِ على جانبه . وإن نَوَى دونها نُظِرَ [2] :

- فإن جرى ذكرُ المالِ من الجانبين ، لم ينفُذْ ؛ لأنَّه لا يصح التزامُها من غيرِ نِيَّة الفراق .

- وإن لم يَجْرِ من الجانبين ، نَفَذَ الطلاقُ رجعيًّا .

- وإن جرى ذِكرُ العِوَضِ في جوابه - لا في التماسها - لم يقعِ الطلاقُ .

- وإن جرى في التماسها - لا في جوابه - بأن قالتْ : « أَبِنِّي بألف » فقال : « أَبَنْتُكِ » لم يقع الطلاقُ ؛ لأنّه إنما رَضِيَا بالبينونة بعوض ، ولم يوجد منها نِيَّةُ الفراق ، فلم يصحَّ التزامُها ، فصار كما إذا ذكر المال من الجانبين . وفيه وجه بعيدٌ : أن الطلاق ١٨٧/أ يقع رجعيًّا ، ويُجْعَل قولُه : « أَبَنْتُكِ » كالمستقِلِّ دونَ الالتماس .

فأما إذا جرى من أحدِهما صريح [3] ، ومن الآخر كناية ، فالكنايةُ مع النيةِ كالصريح ، ودونَ النيةِ كالمعدومِ .

ولا خلاف في أنه لو قالت : « أَبِنِّي » فقال : « أَبَنْتُكِ » - ونَوَيَا الطلاقَ ولم يذكر العوض [4] - أن هذا لا يقتضي العوض ، بخلاف لفظ « الخلع » ؛ فإن لفظ « الخلع » يُنْبِيءُ عن العوض بخلاف [لفظ] [5] البينونة .

* * *

---

(١) هو فعلُ أمرٍ من البينونة .

(٢) كلمة : « نظر » ساقطة من (أ) .

(٣) في الأُصل ونسخة (أ) : « صريحٌ » وفي (ب) « صريحا » وكلاهما صحيح ، فعلى ما في الأصل ونسخة (أ) : هو نعتٌ لمحذوفٍ ، تقديرُه « إذا جرى من أحدهما لفظ صريح » .

(٤) في (أ) : « ولم يَذْكُرَا العوض » .

(٥) زيادة من (أ) .

الفَصْلُ الثّاني

في التماسِها طلاقًا مُقَيّدًا بعدد

وفيه أربع مسائل [١] :

إحداها : أن تقول : « طَلِّقني ثلاثًا بألفِ » فطلَّقها [طلقةً] [٢] واحدةً : استحق ثُلُثَ الألفِ كما ذكرناه على قياس الجعالة بخلاف جانبه .

فإن لم يَبْقَ له عليها إلا طلقةٌ ، فقالتْ : « طَلِّقني ثلاثًا بألف » فطلَّقَ طلقةً واحدةً ؟ قال الشافعي (رضي الله عنه) : « استحق جميعَ الألفِ ؛ لأن مُرادَها البينونةُ الكبرى ، وقد حَصَلَتْ بكمالها » [٣] .

وقال المزني (رحمه الله) : يستحقُّ ثلثَ الألفِ [٤] اتباعًا للحساب . وقال أبو إسحاق المروزي : إن عَلِمَتْ أنه لم يَبْقَ إلا واحدةٌ ، استحقَّ الجميعَ . وإن لم تعلمْ استحقَّ الثلث [٤] . ولا تفريعَ بعد هذا على مذهبه .

أما إذا بَقِيَتْ له طلقتان ، فطلّق واحدةً ، استحقَّ الثلثَ [٥] عند الشافعي (رضي

---

(١) في الأصل و (أ) : « وفيه مسائل » .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) نصُّ الشافعي (رحمه) الله كما هو في « الأم » (٢٠٤/٥) « ولو لم يبق له عليها من الطلاق إلا واحدة ، فقالت له : « طلقني ثلاثا ، ولك ألف درهم » فطلقها واحدة ، كانت له الألف ؛ لأن الواحدة تقوم مقام الثلاث ، في أن تُحَرِّمَها عليه حتى تنكح زوجًا غيره » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (ب) . وانظر ما قاله المزني في مختصره ص (١٨٩) . وانظر تكملة المجموع شرح المهذب (١٨٥/١٨) .

(٥) هكذا هو في النسخ الثلاث « استحق الثلث » وهو كذلك في روضة الطالبين (٤١٨/٧) والذي وجدته في « الأم » أنه يستحق الثلثين . وهذا في الطبعات الثلاث للأم . طبعة دار الشعب (١٨٦/٥) ، طبعة دار المعرفة ببيروت (٢٠٤/٥) . وطبعة دار الغد العربي (٢٩٤/٥) . وهذا نص الشافعي (رحمه الله) : « ولو كانت بقيت له عليها اثنتان ، فقالت : « طلقني ثلاثًا ولك ألف درهم » فطلقها اثنتين ، كانت له الألف ؛ لأنها تحرم عليه بالاثنتين حتى تنكح زوجًا غيره . ولو طلقها واحدة ، كان له ثلثا الألف ؛ لأنها تبقى معه بواحدة ، ولا تحرم عليه حتى يطلقها إياها ، فلا تأخذ أكثر من حصتها من الألف » .

الله عنه) والمزنيّ جميعًا ؛ لأن الشافعيَّ (رضي الله عنه) أيضًا يتبعُ الحسابَ إلا إذا حَصَلتْ البينونةُ الكبرى . وإن طلّقها اثنتينِ استحقَّ الجميعَ عند الشافعيِّ (رضي الله عنه) [١] ، والثلثين عند المزنيِّ .

فلو قالت : « طَلِّقني عشرًا بألف » استحقَّ بالواحدةِ العُشْرَ ، وبالثِّنْتَيْنِ الخمسَ بالاتفاق . وأما بالثلاث استحقَّ الجميعَ عند الشافعي (رضي الله عنه) ، وقياسُ المزنيِّ : أنه يستحقُّ ثلاثةَ أعشارِ المالِ . وقيل - تخريجًا على قياسه - إنه إنما يُوَزَّع على العدد الشرعي ، ويوافقُ [٢] الشافعيّ (رضي الله عنه) في استحقاق الجميع بالثلاثِ في هذه الصورةِ .

الثانية : إذا قالتْ : « طلِّقني ثلاثًا بألف » فقال : « أنت طالقٌ واحدةً بألف ، وثِنْتَيْنِ مَجّانًا » . قال جماعةٌ من أئمة المذهب : « تقعُ الواحدةُ [٣] بثلثِ الألفِ ، والزيادةُ لا تَلزمها ، والثِّنْتانِ بعدَها لا تقعانِ ؛ لأنها صارتْ بائنةً بالأُولى » . وهذا لا وَجْهَ له ، بل ينبغي أن لا تقعَ الأولى ؛ لأنه ما رَضِيَ بوقوعها إلا بألف ، وهي ما التزمت / على واحدة إلا لثلاث . نعم ، تقع الطلقتانِ مجّانًا ، وهما رجعِيَّتان .

أما إذا عكس فقال : « أنت طالق واحدةً مجانًا ، واثنتَين بثُلُثَي الألف » : وقعتْ واحدةٌ رجعيةً ، وتُخَرَّج الثنتانِ على مخالعةِ الرجعيّةِ [٤] : إنْ جَوَّزْنا ، نَفَّذْنا أيضًا بثُلثي الألفِ . وإن مَنَعْنا وقعت طلقتان أيضًا إذا قبلت [٥] ؛ لأن الرجعية يلْحقها الطلاقُ . وبالجملة إذا خالع الرجعية [٦] - على قولنا : لا تصحُّ مخالعتُها - كان كمخالعة السفيهة ، حتى يقع [٧] طلاقٌ بلا عوض .

---

(١) انظر نص الشافعي في التعليق السابق.

(٢) في (أ) : « ووافق » .

(٣) في (أ) : « واحدة » .

(٤) يعني المطلقة الرجعية ، هل يجوز مخالعتها ، وهي في العدة ؟ فيه قولان ، الجديد : أنه يجوز مخالعتها . انظر الروضة (٧/٤٢٠) .

(٥) قوله : « إذا قبلت » ساقط من (ب) .

(٦) في (أ) : « إذا خالعها الرجعية » .

(٧) كلمة : « يقع » ساقطة من (ب) .

الثالثة : إذا قالتْ : « طلِّقني واحدةً بألف » . فقال : « أنتِ طالقٌ ثلاثًا » . قال الشافعي (رضي الله عنه) : « طلقت ثلاثًا ، واستحقَّ الألفَ ؛ لأنّه أجابها وزَادَ » [1] وإليه صارَ أبو يوسف ومحمدٌ [2] ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يستحقُّ شيئًا ؛ لأنها لم تلتمسِ البينونةَ الكبرى [3] . وسَلَّم أنها لو قالتْ : « طلِّقني ثلاثًا بألفٍ » فطلّقَ واحدة ، أنه استحق ثُلُثَ الألف وإن خالف [4] .

أما إذا أعاد الزوجُ ذِكْرَ المال ، فقال : « أنتِ طالقٌ ثلاثًا بألف » : فأكثرُ الأصحابِ على أنّه لا فرقَ بينَ أن يُعِيدَ ، أَوْ لا يُعيد [5] .وحكى الفوراني وجهًا عن القفَّال : أنه إذا أعاد ، فقد قابل كلَّ طلقةٍ بثلثِ الألفِ ، فلا يلزمُها إلا ثلثُ الألف ، ووقع الثلاثُ .

أما إذا لم يُعِدْ ذكرَ المالِ أمكن أن يُقال : التمستْ واحدةً ، فأجابها إلى بينونةٍ أغلظَ منها ، فيرجع إلى زيادةِ صفةٍ ، أما هاهنا فيظهر التوزيعُ ، ولكن يلزم على قياس القفال أن لا يقع [6] إلا واحدة ؛ لأنه قابَلَ طلقتين بثلثي الألف ، وهي ما قَبِلَتْ [7] ، وقد قيل بهذا أيضًا ، ويلزم ألا تقعَ الأولى أيضًا ؛ لأنها التمستْ بألف ، فأجاب بثلث الألف ،

---

(١) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في الأم (٥/ ٢٠٤)

(٢) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، صاحب أبي حنيفة (رحمه الله) سمع الحديث من سفيان الثوري ومالك والأوزاعي وغيرهم ، سكن بغداد وحدّث بها وروى عنه الشافعي ، وقال فيه ثناءً عليه : « ما رأيت سمينًا أخفَّ روحًا من محمد بن الحسن ، وما رأيتُ أفصح منه ، وما رأيت أعقل منه » وتوفي هو والكسائي في يوم واحد ، فقال الرشيد : « ذهب اليومَ الفقهُ واللغةُ » . وذلك في سنة (١٨٩) هـ .

(٣) البينونة الكبرى هي التي لا يستطيع الزوج أن يَرُدّ - بعدها - امرأته إلا بعد أن تنكح وزوجًا غيره ، فيطلقها الثاني أو يموت عنها ثم تقضي منه عدتها .

(٤) قوله : « وإن خالف » يعني وإن خالف جوابُ الزوج طَلَبَ المرأةِ ، فهي قد طلبت ثلاثًا ، فأجابها هو بواحدة .

وانظر قول أبي حنيفة (رحمه الله) في : المبسوط (١٧٣/٦) . الهداية (٢٩٤/٢) . الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٩) . فتح القدير (٢٢٥/٤) . الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي (٤٤٨/٧) .

(٥) وهو الأصح . انظر الوجيز (٤٨/٢) . الروضة (٤٢١/٧) .

(٦) في (أ) : « أنه لا يقع » .

(٧) في الأصل : « وهي ما قابلت » والمثبت من (أ) ، (ب) .

فهو كقوله : « بَعْني بألف » ، فقال : « بعتْ بخمسمائة » فإنه لا يكون جوابًا . وقد قيل بهذا أيضًا . وقد قيل في البيع أيضًا : إنه يصح ، وقيل أيضًا : إذا قالتْ : « طلقني واحدة بألف » فقال : « طلقت واحدةً بخمسمائة » : إنه يستحقُّ تمامَ الألفِ ؛ لأن تقدير العوض إليها ، لا إليه .

وعلى الجملة ، مذهبُ أبي حنيفة (رحمه الله) في صورة إعادة المال أَوْجَه [1] .

الرابعة : إذا قالتْ : « طلِّقني نصفَ طلقةٍ بألف » أو « طلِّقْ نِصْفي » أو « يدي بألفٍ » ، فأجابها : نَفَذَ الطلاقُ ، وفسَدَ العِوَضُ [2] ؛ لفسادِ صيغةِ المقابلةِ فيرجع إلى مهرِ المثل [3] . وفيه وجهٌ منقاسٌ : أنه يثبت المسمَّى ؛ لأنه خصصَ العوضَ بما لا يختصُّ به ، ولكنْ كَمَّلَه الشرعُ ، فلا يَبْعُد أن يُنَزل منزلَةَ المقابلةِ بالكامل .

* * *

---

(١) في نسخة : « يتجه » كذا على هامش الأصل .

(٢) في (أ) : « يفسد العوض » .

(٣) وهو الصحيح كما في الروضة (٤٢٧/٧) .

الفَصْلُ الثّالثُ

في استدعائها طلاقًا مُعَلّقا بزمان

وفيه صور :

الأولى : أن تقولَ : « طلِّقني غدًا ، ولكَ ألفٌ » فإن طلَّقَ بعد غدٍ ، نَفَذَ رجعيًا ولا مالَ له [١] ؛ لأنه خالَفَ . وإن طلّق في الغد ، وقعتِ البينونةُ ، وفسَد العوضُ ؛ لأنه لا يحتمل التعليقَ ؛ فيرجع إلى مهر المثل .

ولو طلّق في الحال - أو قبْلَ الغد - فقد أجاب وزادَ ، إذْ عَجَّل : فيثبت مَهْرُ المثل . وفي كل حال لا يستحقُّ المالَ قبلَ الطلاق .

الثانية : أن تقول : « خُذْ مِنِّي ألفًا ، وأنت مُخَيَّرٌ في تطليقي من اليوم إلى شهرٍ ، فلكَ الألف متى لم تُؤَخِّرْ عن الشهر » فمهما طلَّقها في الشهر على قصد الإجابة ، استحقَّ مهرَ المثل كالصورة الأولى ، وهذا بخلاف قولها : « متى [ما] [٢] طلقتني فلكَ ألفٌ » ؛ فإن « متى ما » - وإن كان ظاهِرًا في التأخير - فلا يستحقُّ العوضَ إلا بطلاق في المجلس ؛ لأن قرينةَ العوض قابَلَ عمومَ اللفظ ، فخصصَه بالمجلس [٣] . أما هاهنا فرفعت [٤] الاحتمال بالتصريح والتخيير في الشهر . ومن الأصحاب من نقل الجواب من كل مسألة إلى أختها ، وسوَّى بينهما .

الثالثة : إذا قال : « أنتِ طالقٌ غدًا على ألف » فقالت : « قَبِلْتُ » فإذا جاء الغد وَقَعَ الطلاقُ بائنًا ، وفيما يلزمها وجهان :

أحدهما : مهرُ المثل ؛ لأن المعاوضةَ ، لا تَقْبل التعليقَ ، وهذا تعليقُ معاوضةٍ .

والثاني : أنه يصحُّ ويجبُ المسمَّى ؛ لأن مقابلةَ المعلقِ بالمال ، كمقابلة المُنجَّز ، والمعاوضةُ إنما صحّتْ بوجودِ شِقَّي الإيجابِ والقبولِ في الحال من غير تعليق ، فإذا

---

(١) في (ب) : « ولا مال » بدون « له » .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (ب) : « فخصص بالمجلس » .

(٤) في الأصل : « رفعت » بدون الفاء

صحَّ قولُه : « إذا أعطيتِني [١] ألفًا فأنتِ طالقٌ » من غير قبولٍ منها ، فَبِأَنْ يصحَّ هذا التعليقُ مع قبولها في الحال : أَوْلى . وفيه وجهٌ ضعيف : أن الطلاقَ لا يقع أصلًا ، لأنه علَّق بالعوض [٢] ولا سبيل إلى إثبات العوضِ بالتعليق ، ولا إلى إيقاع الطلاقِ وقد علَّقَه بالعوض .

ثُمَّ إذا أوقعنا الطلاقَ عند مجيء الغد ، وَجَبَ العوضُ بعد نفوذِ الطلاق ، ولا يجبُ بمجرد قبولها في الحال ، وليس لها [٣] الرجوعُ بعد القبول ؛ لأنه قد تَمَّ شِقا العقدِ بالقَبول .

* * *

---

(١) في (أ) : « إن أعطيتني » .

(٢) في (أ) : « لأنه علق العوض .

(٣) في (أ) : « وليس لهما » .

الفَصْلُ الرّابع
في سؤال الأجنبيّ واختلاعه

واعلم أن اختلاع الأجنبي ، كاختلاع المرأة / في جميع صيغ الالتزامِ [1] وأحكامِه ؛ ١٨٧/ب لأنَّ الطلاقَ مما يستقلُّ به الزوجُ ، وإنما يحتاج إلى قَبولها لالتزام المال .

وللأجنبيِّ أن يلتزمَ المالَ على سبيل الفِداء ، لكن الأجنبيّ ، إنْ كانَ وكيلًا من جهتِها [2] فله أن يعقِدَ لها ولنفسِه ، ويُنْظر إلى لفظِه ونيتِهِ ، ومُطْلَقُه يقعُ من جهةِ الوكالة ، ولكنْ إنْ لم يُصَرِّحْ بالسِّفَارة تعلقت به العهدةُ ، وُطولِبَ بالعوضِ ، كالوكيل في الشراء [3] .

وإن قال الأجنبي [4] : « اختلعتُ بوكالتها » ثم بانَ أنه لم يكنْ وكيلًا ، تبينَّ [5] أن الطلاقَ لم يَقَعْ ؛ لأن الخطابَ كأنه معها ، ولم يَجْرِ قبولُها ، ولا قبول نائبها .

فرع : أبوها - إذا كان هو المختلعَ - فهو كالأجنبيِّ . وإن كانت طفلة ، فاختلعها بمال نفسه ، فهو كالأجنبي . وإن اختلعها بمالها ، فله أحوال [6] :

الأولى : أن يقول : اختلعت على سبيل الولاية بمالها » أو « بهذا العبد من مالها » : لم يقع الطلاق ، بل هو كالوكيل الكاذب .

الثانية [7] : أن يقول : اختلعتْ على سبيل الاستقلالِ ، لكن بهذا العبدِ من مالها [7] فهو كالاختلاعِ بالمال المغصوب [8] وقد سبق .

الثالثة : أن يقول : « اختلعتُ بهذا العبدِ الذى هو من مالها » ولم يتعرَّضْ لما يزيد على هذا - مِن نيابةٍ أو استقلال - وقعَ الطلاقُ رجعيًا كاختلاع السفيهة ، وكأنه أهلٌ للقبولِ

---

(١) في (أ) : « صور الالتزام » .
(٢) في (ب) : « عن جهتها » .
(٣) في (أ) : « كالأجنبي في الشراء » .
(٤) في (أ) : « الوكيل » .
(٥) في (أ) : « نتبين » .
(٦) في (أ) : « فلها أحوال » .
(٧) في (أ) : « أن يقول : اختلعت بهذا العبد الذي هو من مالها » .
(٨) في الأصل : « كالاختلاع بمال المغصوب » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

ومحجورٌ عليه (١) في مالها ، كالسّفيهة محجور عليها في مالِ نفسِها (٢) . وهذا فيه غموضٌ ؛ لأن المختلعَ بالمغصوب - لو أضافَ المالَ إلى المالكِ - وقعَ الطلاقُ بائنًا . وقيل : الفسادُ في العوض فقط ، فخرَّجَ القاضي وجهًا هاهنا : أنّه كالمغصوب ، (٣ وخرج في المغصوب هاهنا وجهًا ٣) أن الطلاقَ يقعَ رجعيًّا .

الرابعة : أن يقول : « اختلعتُ بهذا العبدِ » ولم يذكر أنه من مالها ، فإن الزوج (٤) جاهلًا به (٥) ، فهو كما لو خرج العوض مُسْتَحَقًّا ، وإن كان عالمًا فوجهان :

أحدهما : أنه يصير المعلومُ كالمذكور لفظًا ، فيقع الطلاقُ - على المشهور - رجعيًّا .

والثاني : أنه يكون كما لو كان جاهلًا ؛ نظرًا إلى مجرد اللفظ (٦) .

الخامسة : أن يختلعها بالبراءة عن الصداق . فإن جوزْنا له العفوَ عن صداقها في الاختلاع ، صحَّ الخلعُ كما لو اختلعتْ بنفسها ، وإن منعْنا ذلك - وهو الصحيح - ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : - وهو ظاهرُ النصِّ - أن الطلاق يقعُ رجعيًا كالسفيهة (٧) .

والثاني : أنه كالوكيل الكاذب حتى لا يقعَ الطلاقُ ؛ لأن إضافته إلى الصداق - وهو أبٌ - يُشْعر بأنه كالنائب ، أما ضافتة إلى العبد ، فهو بالمغصوب أشْبَهُ .

---

(١) في (ب) : « ومحجول عليه » وهو خطأ مضحك .

(٢) في (ب) : « كالسفيهة محجورة في .. » وهو خطأ لغويّ والصواب « محجور عليها » كما في الأصل ونسخة (أ) ؛ لأن الفعل « حجر » لا يتعدى بنفسه بل بالحرف « على » ، وهذا من تساهلات الفقهاء كما قالوا : « العبد المأذون » والصواب « المأذون له » . انظر أساس البلاغة ص (٧٤) مادة (ح ج ر) .

(٣) في (أ) : « وخرج هاهنا في المغصوب وجهًا » .

(٤) في (أ) : « الرجل » . والصواب « الزوج » ؛ لأن الحكم يتعلق بجهله أو علمه هو وليس بالوكيل كما يوهمه لفظ « الرجل » .

(٥) قوله « به » ليست في (ب) . ويعني بقوله : « جاهلًا به » أي جاهلًا بأن العبد من مالها .

(٦) وهذا هو الأصح من الوجهين ، فيقع الطلاق بمهر المثل . الروضة (٤٢٩/٧) .

(٧) وعليه فلا يبرأ من صداقها ، وليس على الأب شيء . الروضة (٤٢٩/٧) .

والثالث : أنْ يقع [الطلاق] [١] بائنا ، ويجب مهرُ المثل كالعبد المغصوب .

السادسة : أن يقول : « خالِعْها وأنا ضامنٌ براءتَك » ، فالقياسُ أنه يقعُ الطلاقُ رجعيًّا ، ولا يلزمه شيء [٢] ؛ لأن ضمان عَيْنَ البراءة محالٌ ، فيلغو المال ، ويصحّ القبولُ

وإن قال : « طَلِّقْها [٣] وإن طُولِبْتَ بالصداقِ ، فأنا ضامنٌ براءتَك » فتحصل البينونةُ ، ويجب مهرُ المثل ؛ لفسادِ صيغة الالتزام .

وضابطُ النظرِفي هذه المسائل : أن الخلعَ إنما يختلّ ، إمَّا بسببٍ في نفس القبول ، فيوجب نَفْيَ أصل الطلاق ، أو لِخَلَلٍ في نفسِ الالتزام ، فيوجِبُ نَفْيَ البينونة ، لا نَفْيَ الطلاق ، أو لِخَلَلٍ في الملتزم لا في الالتزام ، كالخمر والمغصوب ، فيوجب نَفْيَ المسمّى ، لا نَفْيَ البينونة ، ويكون التردد في أصل الطلاق للتردد [٤] في صحة القبول ، والترددُ في البينونة للتردد [٤] في صحة أصل الالتزام ، والترددُ في المسمى للتردد [٤] في صحة الملتزم[٥] . [والله تعالى أعلم بالصواب] [٦] .

* * *

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل ، (أ) : « ولا يلزمها شيء » ، والمثبت من (ب) وهو الصحيح .

(٣) قوله : « وإن قال : طلقها » ساقط من الأصل ، ونسخة (أ) .

(٤) في (أ) : « لتردد » في المواضع الثلاثة .

(٥) في (أ) : « الملزم » .

(٦) زيادة من (ب) .

الباب الخامس

في النزاع في الخلع

وهو أنواع :

الأول : أن يقع في أصل العوضِ ، أو جنْسه [١] أو قَدْرِه .

فإن وقع في « **الأصل** » ، فالقولُ قولُها إذا أنكرت العوضَ . وإن حَلَفَتْ وقعتِ البينونةُ ؛ مؤاخذةً للرجل بقوله : [٢] إني خالعت على عوض [٢] .

وإن تنتزعا فى الجنس ، فقال : « خالعتُكِ بدراهم » فقالتْ : بل بفلوسٍ ، تحالَفا ، والرجوعُ إلى مهر المثل كما في الصّداق ، وكذلك في المقدار . وإن توافقا على جريان الخلع بألف درهم ، ولكن قال الزوجُ : « أردْنَا به الدراهمَ » ، وقالت : [٣] بل أردنا الفلوسَ [٣] ، فهذا يَسْتدعي مقدمةً : وهى أنه لو كانت النقودُ مختلفة [٤] - ولا غالبَ فيها - فقال : « بعتُ بألفِ درهم » ، وقال : « اشتريتُ بألفِ درهم » ولم يتعرّضا / ١٨٨ للجنس ، ولكن توافقا على إرادة نوع [٥] واحد ، لم يصح البيع ، ولم يحتمل هذه الجهالة فيه ، والمشهور الظاهر في « الخلع » أنه يحتمل ذلك ، ويكفي فيه النية أو العلم [٦] بالعوض - وإن كان شرطا لثبوت المسمى - لكن يحتمل [٧] فيه مالا يحتمل في البيع ، ولذلك حصل الملك بمجرد الإعطاء من غير لفظ ، وهذا ليس يخلو عن إشكال .

ثُمَّ لا خلافَ ، أنه لو قال : « خالعتكِ على ألفٍ » [٨] ، وقبلَتْ و توافقا على إرادة نوعٍ واحد : لم يحتملْ هذا ؛ لأنّ اللفظَ صريحٌ في الاحتمال [٩] والترديدِ ين الأنواع ، وإنما المذكورُ مجردُ العددِ ، وهو عَرَضِيٌّ ، لا يُنْبِىءُ عن ماهيةِ جنسيةٍ ولانوعيةٍ ، بخلاف ما إذا ذكر الدراهم ، فإنه لم يَبْقَ إلا التفصيلُ بالصفات ، فلا يبعُد تخصيصُ عمومهِ

---

(١) في (أ) : « أو في جنسه » .

(٢) في (ب) : « إني خالعتك على عوض » .

(٣) في (أ) : « وقالت : أردنا به الفلوس » .

(٤) كلمة : « مختلفة » ساقطة من (أ) .

(٥) كلمة : « نوع » ساقطة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « إذ العلم .... » .

(٧) من قوله : « هذه الجهالة فيه .. » إلى قوله « ... لكن يحتمل » ساقط من (ب) .

(٨) في (ب) : « خالعت على ألف » .

(٩) في (أ) : « صريح في الإجمال » .

بالنيةِ . وفي كلام القاضي دلالةٌ على أنّ عمومَ الألفِ ، كعمومِ الدراهم ، مع أنّه قطع بأنه لو قال [١] : « ألف شيء » ، لم تؤثرِ النيةُ ، لأن لفظَ « الشيء » آكدُ في [٢] حقيقةِ الاحتمالِ [٣] ، والنّيّة لا تُغَيِّرُه . وقال الشيخ أبو محمد : « النيةُ في الدراهم أيضًا ، إنما تؤثِّر إذا توافقا قبلَ العقدِ على ما يَقْصد ان به ، فإن لم يسبق التواطؤ ؛ فلا يؤثر توافق النية » . وكأنه يلتفت على معنى مسألة السر والعلانية [٤] . ولا يخفى أن يعتبر [٥] هذا بالنية أقرب من إرادة الألف بالألفين ؛ فإن ذلك تغيير صريح . فنعود إلى النزاع ، وله صور :

الأولى : أن يقولَ الزوجُ : « أردْنا الدراهمَ جميعًا » [٦] وقالت : « بل [٧] أردْنَا الفلوسَ جميعًا [٨] » ، فهذا نزاعٌ في الجنس فيتحالفان . وفيه وجهٌ بعيدٌ : أنَّ التحالفَ لا يجري ؛ لأنه نزاعٌ في النّيّة ، وإنما اختلاف الجنسِ يتولَّد منه تبعًا . وهو ضعيفٌ .

الثانية : أن يتوافقا على جانبِ الزوجِ ، وإرادتِه الدراهمَ ، ولكن قالتْ المرأةُ : « أردْتُ الفلوسَ » فالقولُ قولُها ، وإذا حلفتْ انتفى عنها العوضُ ووقعتِ البينونةُ ؛ مؤاخذةً له بقوله .

الثالثة : أن يتوافقا على جانبها ، وإرادتِها الفلوسَ ، ولكن قال الزوجُ : « أردتُ الدراهمَ » ، فلا فرقَ ؛ لاختلافِ الجوابِ ، فحكمُ هذا أن البينونةَ واقعةٌ ؛ لاننا [٩] نَنْظر إلى الملفوظِ ، وقد قال : « خالعتُكِ على ألفٍ » فقالتْ [١٠] : « قبلتُ » فلا مُطلعَ على النيةِ . ويلزمُ من هذا ، أنهما لو توافقا أيضًا على اختلافِ القصدِ ، وقعتِ البينونةُ ؛ لظاهرِ اللفظِ . ولو تُصُوِّرَ اطلاعُ كلٍّ واحدٍ منهما على باطنِ صاحبه حتى تتحققَ المخالفةُ في

---

(١) في (أ) : « لو قالا » .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « من » ، والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) . (ب) : « الإجمال » .

(٤) يعني مسألة السر والعلانية في الصداق .

(٥) وفي نسخة أخرى : « أنّ تعيين » كذا على هامش الأصل . ولعله يصلح أيضًا أن يقال : « ولا يخفى أن تغيير .. » .

(٦) في الأصل : « بالدراهم » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) كلمة : « بل » ساقطة من (أ) .

(٨) في الأصل : « بل أردنا بالفلوس جميعا » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « لأنّا » .

(١٠) في (أ) : « وقالت » .

النيةِ ، فينبغي أن لا يقعَ الطلاقُ باطنًا [١] . ثم قال القاضي : « للزوج مهرُ المثلِ ؛ لأنّ البينونةَ وقعتْ ظاهرًا ، ولغا [٢] أَثَرُ النيةِ ، فَبَقِيَ اللفظُ مجهولًا » . وكأن النيةَ عنده إنما تؤثر إذا توافقا فيه ، واتفقا عليه [٣] . فإذا لم يَتَّفِقا لغت [٤] النيةُ ، ونُظِرَ إلى مجردِ اللفظ ، وهو بعيدٌ ؛ لأنّ موجبَ قولِ الزوج ، أنْ لا بينونةَ ولا عوضَ ، فالحكمُ عليه بالبينونةِ له وجْهٌ ، أما الحكم له بالعوضِ - وهو لا يَدَّعيه - فبعيدٌ [٥] .

الرابعة : توافقا على أنه أراد الدراهمَ ، فقالت : « أردتُ الدراهمَ أيضًا ، وحصلت الفرقةُ » وقال : « بل أردتِ الفلوس [٦] ولا فرقةَ » : فالقولُ قولُها في نِيَّتِها ، فإذا حلفت حصلت الفرقة ، وعند القاضي : « له مهرُ المثلِ ، وإن كان هو مُنْكِرًا للفرقة » وهو بعيدٌ .

الخامسة : أن يقول : « أردتُ الدراهمَ » وما ادَّعى عليها شيئًا ، وقالت : « أردتُ الفلوسَ » ، وما ادَّعَتْ عليه شيئًا : فالفرقةُ أيضًا حاصلةٌ ، وقال القاضي : « يتحالفان » ، وهذا لا وجْهَ له ؛ لأنه ليس يَدَّعي عليها مالًا مُعَيَّنًا ، فكيف يحلف ؟! .

* * *

---

(١) في (أ) : « بائنًا » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « لغى » ، وكتبتها بالألف ؛ اتباعًا للرسم الإملائي الحديث .

(٣) في (أ) : « واتفقا عليها » .

(٤) في (أ) : « لغت » كما هو المثبت . وفى الأصل و (ب) : « لغيت » وهو خطأ ، والصواب « ألغيت » لأن الفعل « لغا » لايتعدى بنفسه وإنما يتعدى بالألف .انظر : المصباح المنير (٨٥٥/٢) . القاموس المحيط ص (١٧١٥ وما بعدها) مادة (ل غ ا) .

(٥) في الأصل « بعيد » بدون الفاء .

(٦) كلمة : « الفلوس » ساقطة من (ب) .

النوع الثاني

الاختلاف في العوض [١]

فإذا قالت : « سألتك ثلاثَ طلَقاتٍ بألف ، فأجبتَني » فقال : « بل طلقةً بألفٍ فأجبتُكِ » ، فقد اتَّفقا على الألفِ ، وتنازعا في مقدارِ المعوض [٢] : فيتحالفان ، والرجوعُ إلى مهر المثل . فأمّا عددُ الطلاقِ فلا يُعْتبر فيه إلا قولُه ؛ فلا نَزِيد على واحدة . فإن قيل : فإذا كان القولُ قولَه في عددِ الطلاقِ - والألفُ متفقٌ عليه - فأيُّ مَعْنًى للتحالف ، [٣] ولا فائدةَ له إلا إبدالُ الألف المتفقِ عليه بمهر المثل ؟ .

قلنا : مقتضى التحالف إبطالُ العِوَضَيْنْ ، لكن الطلاق لا يَقْبلُ الإبطالَ ، فجرَيْنَا على قياس التحالف في تطرُّق الفسخ إلى ما يتطرق إليه خاصّة.

* * *

(١) في (أ) : « المعوض » . (٢) في (أ) : « العوض » .

(٣) قوله : « فأيّ معنى للتحالف » ساقط من (أ) .

النَّوْعُ الثالثُ
النّزاع في المستحقِّ عليه

فإذا ادّعى عليها الاختلاعَ ، فقالت : « إنما اختلعني الأجنبيُّ » فالقولُ قولُها في إنكار الاختلاع ، ولا رجوعَ له على الأجنبيِّ ؛ لاعترافِه بأنه لم يختلِعْ .

أَمَّا إذا قالت : (١ أضفتُ الاختلاعَ إلى أجنبيٍّ وكنت سفيرة له ١) ففيه وجهان :

أحدهما : أنهما يتحالفان ؛ لاتِّفاقِهما على أصل الالتزام ، واختلافهما في صفة/١٨٨/ب الإضافة [٢] .

والثاني : أنَّ القولَ قولُها ؛ لأنها أنكرتْ أصْلَ الالتزام .

* * *

---

(١) في (أ) : « أضفتُ الاختلاعَ إلى الأجنبي وكنت له سفيرة » .

(٢) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (٧/٤٣٥) .

كتاب الطلاق [1]

والنظر في شطرين

أحدهما : في عموم أحكامه .

والثاني : في التعليقات خاصّة .

أما الشطر الأول ، ففيه ستة أبواب :

(١) أصل الطلاق في اللغة : التخلية والإرسال ، أو حلّ القيد ، ومنه قولهم : « ناقة طالق » : أي مرسلة بلا قيد تسرح حيث شاءت . وشرعًا : هو حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ، وهو راجع إلى معناه لغة ؛ لأن من حلّ قيد نكاحها ، فقد خليت . ويقال : طلَقت المرأة ، وطلُقت - بفتح اللام وضمها - تطلق بضم اللام وفتحها . وجمع الطلقة : طلقات بفتح اللام لا غير ، فهي طالق ، وطلَّقها زوجها فهي مطلقة . انظر : مغني المحتاج (٣/٢٧٩) . المطلع على أبواب المقنع (٣٣٣) .



الباب الأول

في معنى السُّنّة والبدعة

(وفيه فصلان)

الفصل الأول

في مواقع السنة والبدعة

وقد اتفق العلماء على انقسام الطلاق إلى سُنِّيّ وبِدْعِيّ . فالبدعيُّ هو الطلاق المحرَّم إيقاعُه وإن كان نافذًا . والسّنيُّ ما لا تحريم فيه [1] .

والبدعي : هو الطلاق الواقع بعد المسيس في الحيض دونَ سؤالها ، والواقعُ في طُهْرٍ جامَعَها فيه ، ولم يتبينّ [2] حمْلها ، فهذان أصلان :

أما الأول : - وهو الحيض - فيحرم فيه الطلاقُ بعد المسيس ، ولا بدعةَ في طلاق غير المسوسة أصلًا وأما الممسوسة [3] فيحرم طلاقُها في الحيض بغير سؤالها ؛ لما رُوي أنّ ابن عمر (رضي الله عنهما) طلَّق امرأتَه في الحيض ، فقال رسول الله ﷺ لعمر (رضي الله عنه) : « مُرْهُ فَلْيراجِعْها حتى تطهرَ ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء طلَّقَها ، وإن شاء أمسكَها ، فتلك العدةُ

---

(١) وما لا يحرم من الطلاق ينقسم إلى : واجب ، ومستحب ، ومكروه . فالطلاق الواجب يكون في حق المؤلي ، إذا مضت الأشهر الأربعة ، يؤمر أن يفيء - وفيئه بالجماع - أو يطلق . وكذلك عند الشقاق - إذا رأى الحكمان التفريق - كان واجبًا . وأما المستحب ، فهو إذا كان يقصر في حقها بسبب بغض أو غيره ، أو كانت غير عفيفة . وأما المكروه ، فهو الطلاق عند سلامة الحال بين الزوجين . انظر : الفرقة بين الزوجين وأحكامها في مذهب أهل السنة : السيد أحمد فرج ص(٣٨ ، ٤٢) . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية د / محمود محمد الطنطاوي ص (٢٧٤ ، ٢٧٥) .

(٢) في (ب) : « ولم يتيقن » .

(٣) قوله : « أصلًا ، وأما الممسوسة » ساقط من (ب) .

التي أمر اللهُ تعالى أن تُطَلَّق لها النساءُ [١] » وأراد به قولَه تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٢] أي : لِقُبُلِ عدتِهنَّ ، حتى يَشْرَعْنَ عقيبَ الطلاقِ في العدة المحسوبة ؛ فإنّ بقيةَ الحيضِ لاتُحْسب ، فتطول العدةُ . ثم أمر ﷺ زوجةَ ثابتٍ بالافتداء ، ولم يستفصلْ « أهي حائضٌ أم لا ؟ » [٣] فدلَّ على أنّ الخلعَ مُستثْنًى ، ولا تحريمَ فيه .

فمنهم مَنْ فهم أن ذلك لكونِها راضيةً ، فكأنه جوَّز تطويلَ العدةِ برضاها ، وقال : لا حرمةَ في الطلاق بسؤالها ، وإن لم يكن بمالٍ ، ويحرم اختلاعُ الأجنبيِّ ؛ لعدم رضاها . ومنهم من جعل ذلك من خاصّية الافتداء ؛ لأنه لا يُبذل إلا لضرورة ، فجوّز اختلاعَ الأجنبيّ ، وحرَّمَ الطلاقَ وإنْ كان بسؤالها ، ويشهد لذلك جوازُ الطلاق للمؤْلي [٤] إذا طُولب به [٤] ؛ لأن ذلك

---

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٢٥٨/٩) (٦٨) كتاب « الطلاق » (١) باب « قول الله تعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ حديث (٥٢٥١) بإسناده عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فسأل عمرُ بن الخطاب رسولَ الله ﷺ عن ذلك ، فقال رسول الله ﷺ : « مُرْهُ فَلْيراجعها ، ثم لِيُمْسِكْها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعدُ ، وإن شاء طلَّق قبل أن يَمَسَّ ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » . ورواه مسلم في صحيحه (١٩٣/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (١) باب « تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها » حديث (١٤٧١) . ورواه أبو داود في سننه (٦٣٢/٢) حديث (٢١٧٩) والترمذي (٤٧٩/٣) حديث (١١٧٦) والنسائي (١٣٧/٦) وابن ماجه (١/ ٦٥١) حديث (٢٠١٩) جميعًا من طرق عن عبد الله بن عمر مرفوعًا .

(٢) من الآية (١) من سورة (الطلاق) .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٣٠٦/٩) (٦٨) كتاب « الطلاق » (١٢) باب « الخلع وكيف الطلاق فيه » حديث (٥٢٧٣) بإسناده عن ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أَعْتِبُ عليه في خُلُق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقال رسول الله ﷺ : أَتَرُدِّينَ عليه حديقتَه ؟ قالتْ : نعم ، قال رسول الله ﷺ : « اقْبَلِ الحديقةَ وطَلِّقْها تطليقةً » . ورواه أبو داود (٦٦٩/٢) حديث (٢٢٢٩) ، والترمذي (٤٩١/٣) حديث (١١٨٥) والنسائي (١٦٩/٦) ، وابن ماجه (٦٦٣/١) حديث (٢٠٥٦) جميعا من طرق عن عكرمة عن ابن عباس به .

وقوله : (ولم يستفصل أهي حائض أم لا ؟) أي لم يسألها النبيُّ ﷺ عن حالها ، فدلّ على أن من خالع امرأته وهي حائض ، فلا شيء فيه .

(٤) قوله : « طولب به » ساقط من (أ) .

واجبٌ بنوع ضرورة . فاتفقوا على جواز الخلع وطلاقِ المؤْلي [1] ، وتردّدوا في اختلاعِ الأجنبي ، والطلاقِ برضاها [2] .

وأما قوله : إنْ دخلتِ الدارَ ، فأنتِ طالقٌ ، فلا بدعةَ فيه وإن جَرى في الحيض ، لَكنْ يُنْظر : إن اتفقَ الدخولُ في الحيض ، نَفَذ الطلاقُ بدعيًا ، وفائدتُه : أنه يُؤمر بالرجعة على سبيل الاستحبابِ . وإذا رجع ، فهل يجوز أنْ يطلقها في الطهر الأول بعدَه ؟ [3] فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ إذ لا معنى للمنع في الطهر ، وقد ورد في بعض الروايات : « مُرْهُ فليراجعْها حتى تطهر » .

والثاني : أنه يصبر إلى الطهر الثاني ؛ لأن ذلك [4] يُؤَدِّي إلى أنْ تكون الرجعةُ لأجل الطلاق ، وذلك لا يَليق بمحاسن الشرع [5] ، ويشهد لذلك حديثُ ابنِ عمر [6] .

وعلى هذا تردّدوا في أنه ، هل يُستحبّ أن يجامِعَها حتى يظهرَ مقصودُ الرجعة ؟ [7] .

أمّا إذا طلّقها طلاقًا غيْرَ بدعي ، ثم راجعَها ، فله أن يُطلقها في الحال ؛ إذ لا بدعةَ حتى تستدرك .

وأما الجمعُ بين الثلاث ، فلا بدعةَ فيه ، خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [8] نَعَمْ الأَوْلى أن

---

(١) يعني وإن كان طلاقه واقعًا في حال حيضتها .

(٢) وكلاهما حرام على الأصح . انظر الروضة (٤/٨) .

(٣) أي بعد الحيض .

(٤) في (ب) : « ذاك » .

(٥) وهذا أصح الوجهين كما في الروضة (٤/٨) .

(٦) أي يشهد لهذا الوجه الثاني حديثُ ابنِ عمر ؛ إذ فيه « حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ... » .

(٧) فيه وجهان : أحدهما ، نعم ، يجامعها استحبابًا ؛ ليظهر مقصود الرجعة . وأصحُّهما : الاكتفاءُ بإمكان الاستمتاع . انظر الروضة (٥/٨) .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن الجمع بين الطلقات الثلاث لا بدعة فيه . انظر : الأم (١٨٠/٥) . مختصر المزني ص (١٩١) . تكملة المجموع (٢٢٩/١٨) . فتح الوهاب (٨١/٢) .شرح صحيح مسلم (٦٢/١٠) .

ومذهب الحنفية : أن الجمع بينها بدعة ، وهو مذهب المالكية أيضًا : انظر : الهداية (٢٤٧/١) . رءوس المسائل ص (٤٠٨) . البحر الرائق لابن نجيم (٢٥٧/٣) . الكافي (٢٦٣) . المنتقى للباجي (٢/٤) . بداية المجتهد (٧٥/٢) .

ومذهب الحنابلة : أن الجمع بينها مكروه ، وفي تحريمه وبدعيته روايتان :

=

يُفرِّق ؛ كَيْلا يَلْحقَه ندمٌ .

فَرعٌ : إذا قال : « أنتِ طالقٌ مع آخرِ جزءٍ من الحيض » فهذا طلاقٌ يصادِفُ الحيضَ ، ولكن يستعقب العدة . فمنهم مَنْ نظر إلى المعنى وقال : « هو سُنيّ » (1) ، ومنهم مِنْ نظر إلى المَظِنَّة – وهو الحيضُ – فقال : [هو] (2) بدعي . وكذا الخلاف فيما إذا قال : أنتِ طالقٌ مع آخر جزءٍ من الطهر . ولعل النَّظر إلى المظِنّة أَوْلى .

الأصل الثاني : في بدعة الطلاق في طهرٍ جامَعَها فيه . وهو بدعةٌ ، إلا أن يكون عالِمًا بكونها حاملًا ، فيحلّ الطلاقُ ؛ لأن المحذورَ (3) لحوق الندمِ (3) بسببِ الجهلِ بالولدِ .

واستدخالُها ماءَ الزوجِ ، في معنى الوطءِ ؛ لأنه يُتوقَّع منه الولدُ (4) . والإتيانُ في غير المأْتَى ، فيه ترددٌ ؛ فإنه – وإن لم يُتوقَّع منه الولدُ – فالعدةُ تجِبُ به (5) . وترددوا فيما لو وطئها في الحيض ، ثم طهرت ، أنه هل يحرم طلاقها ؛ لأن بقية الحيض قد تدل على عدم الولد دلالةً دونَ دلالةِ ابتداءِ الحيض (6) ؟ .

والظاهرُ أنه لا بدعةَ في خُلعها أيضًا كما في حالة الحيض (7) ، ومنهم من قال : السببُ

= (الأولى) : ما يوافق فيها الشافعيَّ . واختارها الخِرقي .

(والثانية) : أنها بدعة ، واختارها أبو يعلى القاضي . انظر : المقنع ص (٢٣٠) . المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١٤٥/٢ وما بعدها) . زاد المستقنع ص (١٠٤) . دليل الطالب ص (٢٢٠) . الإفصاح لابن هبيرة (١٤٨/٢)

(١) وهذا هو الأصح ؛ لاستعقابه الشروع في العدة . انظر الروضة (٥/٨)

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « تجدد الندم » والمثبت من (ب) وهو أليق .

(٤) ومن ثم ، فإذا أدخلت ماءه في الطهر ، وطلقها ، فهو بدعة . انظر الوجيز (٥١/٢) . الروضة (٧/٨) .

(٥) والأصح أنّ طلاقه حينئذ طلاقُ بدعة . انظر الروضة (٧/٨) .

(٦) والأصح أنه يحرم طلاقها ؛ لاحتمال العلوق . انظر الروضة (٧/٨) .

(٧) أي لا بدعة في خلعها في طهر جامعها فيه ، كما في حالة الحيض .

هاهنا حَذَار الولدِ ، ورضاها لا يُؤَثر ، والمحذورُ ثَمَّ [1] طولُ العدةِ ، فلا يبعد أن يؤثرَ رضاها في حقّها .

وقد خرج من هذا ، أنّ خمسًا من النسوة [2] / لا بدعةَ في طلاقهن ولا سُنةَ : ١٨٩/أ

غَيْرُ الممسوسة .

والحاملُ بيقينٍ .

والآيسةُ والصغيرةُ ؛ إذ لا حيض لهما ولا ولد .

والمختلعة .

* * *

(١) في (أ) : « ثَمَّةَ » .

(٢) يعني خمسة أنواع من النسوة .

الفصل الثاني

في إضافة الطلاق إلى السّنّة والبدعة ، تنجيزًا وتعليقًا

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال للحائض [1] : « أنتِ طالقٌ للبدعة » وقع في الحال . وإذا قال : للسّنّة ، لم يقعْ حتى تطهر . وكذا إن قال للتي طهرت قبل الجماع : « أنتِ طالقٌ للسّنّة » وقع الطلاق [2] في الحال . وإن قال : « للبدعة » ، لم تطلق حتى [3] تُجامع أو تحيضَ . والمقصودُ : أن « اللام » للتأقيت ، فيما يُشْبه الأوقات ، كالسّنّة والبدعةِ ، فهو كقوله : « أنت طالق لرمضان » فإنه تأقيتٌ برمضان . وأَمَّا ما لا يُشِبه الأوقات ، فـ « اللامُ » فيه للتعليل ، كقوله : « أنت طالق لِرِضَى فلانٍ » فإنه يقع في الحال - رَضِيَ فلانٌ أو سَخِطَ - ، وقوله : « أنتِ طالقٌ لدخولِ الدارِ » فهو تعليلٌ يقع في الحال ، بخلاف قولِهِ : « لقدومِ زيدٍ » فإنه تأقيتٌ بالقدوم ؛ لأنَّ القدومَ مما يُنْتظر ، كالحيض والطهر .

وإنما صريحُ لفظِ التعليق : « إنْ » و « إذا » . وأما « اللامُ » فهو للتعليلِ ظاهرًا ، إلا فيما يُشْبه الأوقات . وحيث حملنا على التعليل ، فلو قال : « أردتُ التأقيتَ » ، فَيُدَيَّنُ في الباطن [4] ، وهل يُقبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان [5] . [6] وهذا فيما [6] إذا خاطب متعرّضةً للسنة والبدعة ، فإن خاطب صغيرةً ، أو آيسةً ، أو غيرَ مدخولٍ بها ، فهو للتعليل حتى يقع الطلاق في الحال ، سواء قال : « أنتِ طالقٌ للسنة ، أو للبدعة » ، وفيه وجه : أنه لو قال : للسّنة ، وقعَ في الحال ؛ فإن معناه طلاقٌ لا تحريمَ فيه . ولو قال : « للبدعة » ،لم يقعْ حتى تحيض الصغيرة ، وحتى يدخل بغير المدخول بها .

---

(١) كلمة « للحائض » ساقطة من (أ) .
(٢) كلمة : « الطلاق » ليست في (ب) .

(٣) في (ب) : « لم يقع حتى ... » .

(٤) أي يُوكَل إلى دينه وصدْقِه . يقال : دَيَّنْتُه : أي وَكَلْتُه إلى دينه . وقولُهم : تركتُه وما يَدِين . أي : لم أعترض عليه فيما يراه سائغًا في اعتقاده . انظر : المصباح المنير (٣١٥/١) مادة (د ي ن) . وتكملة المجموع (١٨ / ٢٤٠) .

(٥) والأصح أنه لا يقبل قوله ظاهرًا . انظر الروضة (١١/٨) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « وهذا فيه » .

أما إذا قال لمتعرِّضةٍ للحالتين : « إذا قدِمَ زيدٌ ، فأنتِ طالق للسّنة » فإنْ قدمَ – وهي حائضٌ – لم يقعْ حتى تطهر ، وإن قال : « للبدعة » وقدم – وهي في طهر لم يجامِعْ فيه – ، لم تطلقْ حتى تحيضَ ، أو يُجامِع .

وإن علَّق بمجرد القدوم – فقدِمَ ، وهي حائضٌ – نفذ طلاقًا [١] بدعيًّا ، وإن لم تكن – في حالة التعليق – من أهل السّنّة والبدعة : نُظِرَ إلى حالة الوقوع لا إلى التعليق .

فرع : لو [٢] قال – في طهر لم يجامعْها [٣] فيه – : « أنت طالق للبدعة » فإذا جامع ، وقع الطلاق كما غابت الحشفة ، وهل يلزمه بدوام الوطء – إن لم يَنْزِع في الحال – مهرٌ آخر ؛ من [٤] حيث يجب المهر بابتداء وطء الرجعية ؟ فيه قولان ، مأخذُهما أنّ دوامَ الوطءِ هل هو كابتدائه ؟ والأظهرُ : أنه لا يجب [٥] ؛ لأن مهرَ النكاحِ تناولَ أولَ هذا الوطءِ ، فلا يُبَعَّض حكمُه وإن تغيَّر الحلّ في أثنائه .

الثانية : إذا قال : « أنتِ طالق ثلاثًا ، بعضُهن للسّنةِ ، وبعضُهنّ للبدعة » فإن قال : أردتُ إيقاعَ طلقةٍ ونصفٍ في الحال ، قُبِلَ ، وكملت طلقتان [٦] . وإن قال : أردتُ وقوعَ ثِنْتين في الحال ، قُبِل . ولو قال : أردتُ إيقاعَ ثلاثةِ أنصافٍ في الحال ، وقع الثلاثُ في الحال . وإن قال : لم يكن لي نيةٌ ، حُمِلَ على التشطير ، [٧ ووقع في الحال طلقةٌ ونصفٌ ، ولكن تكمل طلقتان ، وهو كما لو قال : هذه الدارُ ، بعضُها لزيدٍ ، وبعضُها لعمرو ، حُمِلَ مُطْلقه على التشطير ٧] ؛ لأن الأكثر ، لا يُسَمى بعضًا في الظاهر . فلو قال : أردتُ واحدةً في الحال، وثِنْتين في المستقبل ، فالظاهرُ أنه يُقبل . [٨ وفيه وجهٌ ٨] : أنه لا يقبل ؛ [٩ لأن تسمية الثنتين ٩] من الثلاث بعضًا : بعيدٌ . وقال المزني : « قياسُ قولِ الشافعيِّ (رضي الله عنه) : أن لا يقع في الحال إلا طلقةٌ ، إذا لم يَنْوِ

---

(١) في (أ) : « الطلاق » .

(٢) في (ب) : « إذا » .

(٣) في (أ) : « في طهر لم يجامع » . وفي (ب) سقطت كلمة « فيه » .

(٤) كلمة « من » ليست في (ب) .

(٥) وهذا هو المذهب كما في الروضة (٨/١٠) .

(٦) في (أ) : « وكمل طلقتان » .

(٧) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٨) في (ب) : « وقيل : فيه وجه » .

(٩) في (ب) : « لأن تسمية اثنتين » .

شيئًا ؛ لأن البعضَ مجمل ، فينبغي أن يُنَزَّل على الأقلّ ؛ إذ يحتمل الواحدَ ، ويحتمل واحدًا ونصفًا [1] » . ولْيُجْعَلْ هذا (٢ تخريجًا منه ٢) على مذهب الشافعي (رضي الله عنه) .

الثالثة : إذا قال : « أنت طالق أحسنَ الطلاقِ ، أو أفضلَه ، أو أجملَه ، أو غيرَ ذلك من صفات المدح » فهو كما لو قال : « أنتِ طالقٌ للسنة » . (٣ فلو كانت في حال البدعة ٣) ، لم يقعْ في الحال . وإن كانت في حال سُنّة ، وقعَ في الحال .

ولو كانت [4] في حال بدعة فقال : « أردتُ بأحسنِ الطلاقِ أعجلَه » وقع في الحال ؛ لإنه إظهارُ احتمالٍ في جانب الوقوع .

ولو قال : « أنت طالقٌ أقبحَ الطلاق وأسمجَه » (٥ فهو كقوله ٥) : « أنت طالق للبدعة » ، ولو قال : « أنتِ طالق طلقةً حسنةً قبيحةً ، أو بدعيةً سنيةً » وقع في الحال ، سواء كانت مُتَعرِّضةً للحالتين ، أو لم تكن ؛ لأنه وصفٌ متناقض ، فيلغو ، ويبقى قولُه : « أنت طالق » ، (٦ وهو كقوله٦) : (٧ أنت طالق طلاقًا لا يقع ٧) ، فإنه يقع في الحال ، ولا نُبَالي بِهَذَيَانه .

الرابعة : إذا قال : « أنتِ طالق ثلاثًا ، في كل / قُرْءٍ طلقةٌ » فلها أحوال خمس [8] : ١٨٩/ب

(إحداها) : أن لا تكون مدخولًا بها ، فإن كانتْ في الحيض ، لم يقع شيء ؛ لأنّ القرءَ عند الشافعي (رضي الله عنه) : طُهْرٌ محتوش بحيضتينْ ، فإذا طهرتْ - أو كانت في الطهر - وقعتْ واحدةٌ وبانَتْ ، ولا تلحقها الأخرى . فإن طهرتْ طُهرين ، ثم جددَ نكاحَها ، فقد انحلَّ اليمينُ ؛ فلا يعود وقوعُ الطلاق وإن رأينا عَوْدَ الحنث ؛ لأنه معلق على الأقراء وقد انقضت . وإن جدد نكاحها قبل الانقضاء ابتنى على عود الحنث .

---

(١) انظر مختصر المزني ص (١٩١ وما بعدها) .
(٢) في (ب) : « منه تخريجًا » .
(٣) في (أ) : « فلو كان حال بدعة » ، وفي (ب) : « فلو كانت في حالة البدعة » .
(٤) في (أ) : « ولو كان » أي ولو كان هذا القولُ في وقت بدعة .
(٥) في (أ) : « فهو كما لو قال » .
(٦) في (ب) : « وهو كما لو قال » .
(٧) في (ب) : « أنت طالق لا يقع » .
(٨) كلمة : « خمس » ليست في (أ) ، (ب) .

(الثانية) : أن تكون صغيرةً ، فهل تقع في الحال واحدة ؟ فيه وجهان ، مأخذهما : أن الانتقال من الطهر إلى الحيض ، هل هو قرء ؟ أو القرءُ : طهرٌ محتوش بحيضتين ؟ [1] .

(الثالثة) : أن تكون آيسة ، (٢ فهل تقع في الحال واحدة ٢) ؟ فيه أيضًا وجهان كما في الصغيرة .

(الرابعة) : أن تكون مدخولًا بها من ذوات الأقراء وهي حائل ، فيقع في طهرها طلقةٌ ، وتشرع في العدة ، وتلحقها الثانية والثالثة في الطهرين الآخرين [3] ، (٤ وهل تستأنف العدة ٤) ، أو تَبْني على عدتها ؟ فيه خلاف [5] .

(الخامسة) : أن تكون حاملًا ، فإن كانت لا تَرَى الدمَ أو قلنا : دمُ الحاملِ دمُ فسادٍ - وقع في الحال واحدةٌ ، وتَبِينُ بالولادة . وإن كانت [6] ترى الدم - وقَضَيْنا بأنه حيضٌ - وقعت واحدةٌ وهل يتكرر الطهرُ في مدة الحمل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه طهر بين حيضتين .

والثاني : لا ؛ لأنّ القرءَ ، ما يدل على البراءة ، وهذا لا دلالة له أصلًا .

المسألة الخامسة : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا للسنة ، ثم قال : أردتُ التفريقَ على الأقراءِ ، لم يُقْبل ظاهرًا ؛ لأنه لا سنةَ في تفريق الطلاق عندنا ، واللفظ لا يُنْبيءُ عنه . وكذلك لو قال : « أنت طالق ثلاثًا » ولم يقل : « للسنة [ثم فسرنا بالتفريق] [7] فهل يُدَيَّن باطنًا ؟ فيه وجهان كما لو قال : « أنت طالق » ثم قال : « أردتُ به : إن دخلتِ الدارَ » ومأخَذُه : أن مجردَ النيةِ لا تؤثر ؛ فإنه لو طلّق بالنية ، لم يقعْ خلافًا لمالك (رحمه الله) [8] . وإن ذكر لفظًا ، ونَوَى معه أمرًا ، لو صرَّح به لانتظم

---

(١) قال في الروضة (٨/١٧) : « الأصح عند الأصحاب الوقوع ، في الصغيرة والآيسة » .

(٢) في (أ) : « فهل تقع واحدة في الحال » .

(٣) في (ب) : « الأخيرين » .

(٤) في (ب) : « وهل تستأنف عدة أخرى » .

(٥) والأظهر وجوب استئناف العدة للطلقة الثانية والثالثة . انظر الروضة (٨/١٥) .

(٦) في (أ) : « ولو كانت » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) مذهب المالكية في هذا أن الطلاق بالنية لا يقع ، وروي عن مالك أنه يقع ، والأشهر عنه عدم الوقوع . قال ابن عبد =

مع المذكور ، فهل يؤثر في الباطن ؟ فيه وجهان ، كقوله : « أنت طالق » ثم قال : نويتُ « إن شاء الله تعالى » أو نويتُ « إن دخلتِ الدار » [1] . والأقيسُ : أنه لا يؤثر ؛ لأنه ليس يحتمله اللفظُ ؛ ولا ذَكَرَ ما يدلُّ عليه ، فهو مجردُ نيّةٍ ، وليس هذا كما إذا قال : « أنت طالق » ونوى طلاقًا عن وَثَاقٍ ، فإنه يُدَيَّن ؛ فإنّ اللفظ [2] كالمجمل من حيث اللغة لولا تخصيص الشرع ، ولا [3] كقوله : « نسائي طوالق » ، وعَزَلَ بعضَهنّ بالنية ، فإن يُدَيَّن ؛ لأنه تخصيصُ عمومٍ ، وهل يقبل ظاهرًا ؟ فيه خلاف [4] ، ومَالَ القاضي إلى أنه يُقبل .

ولو عاتبتْ زوجَها بنكاحٍ جديدةٍ ، فقال في جوابها [5] : « كلُّ امرأةٍ لى فهي طالق » فإن لم يعزلها بنيته ، طلقت . وإن عزلها بنيته ؟ فقال الشافعي (رضي الله عنه) : « لا يقع ؛ لأن القرينة دلّتْ على نيته » [6] وهذا ينبغي أن يقبل ظاهرًا ، ومن الأصحاب من قال : لا يقبل ؛ لأن قوله : « كل امرأة ... » : صريحٌ فى الاستغراق . ومَيْلُ القاضي إلى قَبولِ ذلك ظاهرًا ، وكذلك في

= البر : ومن اعتقد بقلبه الطلاق ، ولم ينطق به لسانُه ، فليس بشيء ، هذا هو الأشهر عند مالك . وقد رُوي عنه أنه يلزمه الطلاق إذا نواه بقلبه ؛ كما يكفر بقلبه وإن لم ينطق به لسانه . والأول أصح في النظر وطريق الأثر ؛ لقول رسول الله ﷺ : « تجاوزَ الله لأمتي عما وسوستْ به نفوسُها ، مالم ينطقْ به لسانه أو تعمله يدُه » . الكافي ص (٢٦٥) . وانظر بداية المجتهد (٨٩/٢) القوانين الفقهية ص (٢٣٥) . الشرح الصغير (٥٧٠/٢) .

(١) قال في الروضة (١٨/٨) : « الصحيح الموجود في كتب الأصحاب ، أنه لا يُدَين في قوله : أردت إن شاء الله تعالى . ويُدَين في قوله : أردت عن وثاق ، أو إن دخلت الدار ، أو إن شاء زيد . وفرقوا بين قوله : « أردت إن شاء الله تعالى » وبين سائر الصور بأن التعليق بمشيئة الله تعالى يرفع حكم الطلاق جملة ، فلا بد فيه من اللفظ . والتعليقُ بالدخول ومشيئةِ زيد ، لا يرفعه ، لكن يُخصصه بحال دون حال . وقوله : « من وثاق » تأويل وصرفٌ للفظ من معنى إلى معنى ، فكَفَتْ فيه النيةُ وإن كانت ضعيفة » .

(٢) في (ب) : « لأن اللفظ » .

(٣) قوله « ولا » ساقط من (ب) .

(٤) قال في الوجيز (٥٣/٢) : « إذا ظهرت قرينة ، فالظاهر أنه يقبل ؛ كما لو عنى بنيته نكاح جديدة » . ورجحه البيضاوي في الغاية القصوى (٧٩٢/٢) . ورجحه النووي أيضًا كما في المنهاج مع المغني (٣١٢/٣) . وانظر الروضة (١٩/٨) .

(٥) قوله : « في جوابها » ساقط من (أ) .

(٦) انظر قول الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٩٢) .

قوله : « نسائي طوالق » وإن لم تكن قرينةٌ ؛ لأنه تخصيصُ عمومٍ . وكذلك إذا قال – وهو يَحُلُّ عنها وَثاقًا – : « أنت طالق » فقال : « أردت عن الوثاق » فيه خلافٌ ، ومَيْلُ القاضي إلى أنه يُقبل ظاهرًا [1] . وقد قال الشافعي (رضي الله عنه) : « لو قال » : إن كلمتِ زيدًا ، فأنتِ طالقٌ ، ثم قال : « أردتُ به شهرًا » وكلّمَتْه بعده : لم يقع الطلاقُ باطنًا ؛ لأن اللفظ كالعام [2] في الأزمان كلها.

ولا خلاف في أنه لو قال : « أنت طالق » ثم قال : « أردت عن الوثاق [3] » لم يُقْبل ظاهرًا ، ولكن يُدَيَّن ، وكأنّ الموجِبَ للقبول ظاهرًا : إما قصورٌ في دلالة اللفظ ، مثل أن تكون دلالتُه بالعموم ، أو قرينةٌ ظاهرةٌ ، كما لو كان يَحُلُّ عنها الوثاقَ ، أو كانت تُنازعه في نكاحِ جديدةٍ كما ذكرناه . وأما الموجِبُ للقَبول باطِنًا ، فكلّ احتمالٍ ، قَرُبَ أو بَعُدَ [4] .

---

(١) ورجحه الغزالي في الوجيز (٥٣/٢) . (٢) في (أ) : « عام » .

(٣) في (ب) : « أردت عن وثاق » .

(٤) قال في الروضة (١٩/٨ ، ٢٠) : « فرعٌ في ضَبْط ما يُدَيَّن فيه ، وما يُقْبل ظاهرًا . قال القاضي حسين : لِمَا يدعيه الشخصُ من النية مع ما أطلقه من اللفظ ، أربع مراتب :

إحداها : أن يرفع ما صرّح به ، بأن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردتُ طلاقا لا يقع عليك ، أو لم أُرِدْ إيقاع الطلاق . فلا تؤثر دعواه ظاهرًا ، ولا يُدَيَّن باطنا .

الثانية : أن يكون ما يدعيه مُقَيِّدًا لما تلفَّظ به مُطْلَقًا ، بأن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت عند دخول الدار ، فلا يقبل ظاهرًا ، وفي التَّدْيين خلافٌ .

الثالثة : أن يرجع ما يدعيه إلى تخصيص عموم ، فيدين ، وفي القبول ظاهرًا خلاف .

الرابعة : أن يكون اللفظ محتملا للطلاق من غير شيوع وظهور ، وفي هذه المرتبة تقع الكنايات ، ويُعْمل فيها بالنية » .

قال النووي (رحمه الله) : « وضَبطَ الأصحابُ بضبطٍ آخر ، فقالوا : ينظر في التفسير بخلاف ظاهر اللفظ ، إن كان لو وُصِلَ باللفظ لا ينظم ، لم يقبل ولم يُدَيّن ، وإلا فلا يقبل ظاهرًا ويُدَين .

مثال الأول : قوله : أردت طلاقا لا يقع .

مثال الثاني : قوله : أردت طلاقا عن وثاق ، أو إن دخلت الدار . واستثنوا من هذا نية التعليق بمشيئة الله تعالى ، فقالوا : لا يُدَيّن فيه على المذهب » . ا . هـ . من الروضة (١٩/٨ ، ٢٠) .

قلت : معنى التديين مع عدم القبول ظاهرًا ؛ هو أن يقال للمرأة : أنت طالق منه في ظاهر الحكم ، وليس لكِ أن تُمكنيه إلا إذا غلب على ظَنّكِ صِدْقُه بقرينة . ويقال للزوج : لا تُمكّنُك مِنْ تتبعها ، ولك أن تتبعها ، وهذا أمرٌ بينك وبين الله تعالى إن كنت صادقا .

الباب الثاني
في بيان أركان الطلاق

ولا بدّ للطلاق من : أَهْلٍ ، ومَحَلٍّ ، ولفظٍ ، وقَصْدٍ إلى اللفظ ، وولايةٍ على المحلّ ، فهذه خمسةُ أركانٍ .

الركن الاول [1] **: الأهل** ، وهو المطَلِّق ، وشَرْطُه أن يكون مكلفًا ؛ فلا يقع طلاقُ الصَّبيّ والمجنونِ .

الركن الثاني : اللفظ ، وما يَسُدّ مَسَدَّه [2] ، وفيه ثلاثة فصول / . ١٩٠/أ

الفصل الأول
في بيان الصريح والكناية

وصرائحُ الألفاظ ثلاثةٌ : الطلاقُ ، والفِراقُ ، والسَّرَاحُ . أما الطلاق ؛ فلِشيوعِه وتكرُّرِه في القرآن العظيم . وأما الفِراقُ والسراحُ فَلِتكرُّرِهما في القرآن العظيم [3] ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا صريحَ إلا الطلاقُ [4] . وقيل : هو قول قديمٌ للشافعي (رضي الله عنه) ، ولا بأسَ به [5]

---

(١) في (ب) : « الأول » بدون كلمة « الركن » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « اللفظ أو ما يسد مَسَدّه » .

(٣) كلمة : « العظيم » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن صرائح الطلاق ثلاثة ألفاظ ، وهي الطلاق ، والفراق ، والسراح . انظر : الأم (٢٥٩/٥) التنبيه للشيرازي ص (١١٢) . فتح الوهاب (٧٣/٢) . فتح المعين بشرح قرة العين ص (١١٧) .

ومذهب الحنفية : أن صريح الطلاق ، هو لفظ « الطلاق » فقط وما اشتق منه . وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وعن الإمام أحمد رواية أن لفظ « الفراق » و « السراح » صريحان أيضًا كقول الشافعي ، واختارها الخرقي . انظر : اللباب (٤٠/٣) الهداية (٢٥١/١) . تبيين الحقائق (١٩٧/٢) . بداية المجتهد (٨٨/٢) . شرح زروق على الرسالة (٥٩/٢) . الشرح الكبير (٣٧٨/٢) . العدة شرح العمدة (٤١٣) . الروض المربع ص (٤١٤) . دليل الطالب ص (٢٢٠) . المسائل الفقهية (١٤٣/٢) .

(٥) والمشهور عن الشافعي (رحمه الله) هو الأول . انظر الروضة (٢٣/٨) . مغنى المحتاج (٢٨٠/٣) .

فإنَّ قوله تعالى : ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ (١) لم يردْ مَوْرِدَ بيانِ اللفظِ . وفي هذه القاعدة مسائل :

الأولى : أن كلَّ ما يُشتقُّ من لفظ الطلاق ، كقوله : أنت مُطَلَّقة ، وطلقتُك ، فكل ذلك (٢) صريح. (٣) وفي قوله: أنت الطلاق، وجهان، والأظهر أنه كناية؛ لأنه ليس بمستعمل على هذا الوجه (٣).

وأما قوله : « أطلقتُكِ » فهو كنايةٌ ؛ لأنه ظاهرٌ في رَفْع الحَبْس وحَلِّ الوثاق .

الثانية : (٤) الفعلُ من « السراح » و « الفراق » (٤) كقوله : « سَرَّحْتُكِ وفارقتُك » : صريحٌ . أما الاسم كقوله : « أنت مفارَقَةٌ ، ومُسَرَّحةٌ » ففيه خلافٌ (٥) ، ومأخذُه : أن الواردَ في القرآن العظيم منه ، صيغةُ الفعلِ فقط .

الثالثة : معنى هذه الألفاظ (٦) بسائر اللغات ، فيه ثلاثةُ أوجهٍ (٧) :

أحدها : أنها (٨) ليستْ صريحًا ، وإليه ذهب الإِصْطخري ؛ تغليبًا لمعنى التعبُّد .

والثاني : - وهو الأصح - أنه صريحٌ ؛ لأنه في معناه .

ثم معنى قوله : « أنت طالق » : تُوهشْتَه اي (٩) .

---

(١) من الآية (٢٢٩) من سورة (البقرة) .

(٢) قوله : « فكل ذلك » ليس في (ب) .

(٣) في (ب) : « واختلفوا في قوله : أنت الطلاق . والظاهر : أنه ليس بصريح ، لأنه غير مستعمل على هذ الوجه » .

(٤) في (ب) : « الفعل من الفراق والسراح » .

(٥) والأصح أنهما صريحان .

(٦) يعني ألفاظ الطلاق ، والسراح ، والفراق .

(٧) ترجمة لفظ « الطلاق » بلغة أخرى ، صريح على المذهب . أما ترجمة « السراح ، والفراق » فهو كناية ؛ لأن ترجمتها بعيدة عن الاستعمال . انظر : الوجيز (٥٤/٢) . الغاية القصوى (٧٨٦/٢) . روضة الطالبين (٢٥/٨) .

(٨) في (أ) : « أنه » .

(٩) وهذه الكلمات باللغة الفارسية ، وتحليلها كالآتى :

تو : ضمير مخاطب بمعنى :أنت .

هِشْته : ومعناه : مطلق السراح ، أو مطلقة .

أي : بمعنى « يكون » . ومعنى الجملة حرفيًا : أنت تكونين طالقة .

ومعنى قوله : طلّقتكِ : دَشْت بازْدَاشْتَمْ تُرَا [١] .

ومعنى قوله : فارقتُكِ : أَزْ تو جُدَا كَرْدَمْ [٢] .

ومعنى قوله : سرحتُكِ : تُرَاكَسِيلْ كَرْدَمْ [٣] .

والثالث : [٤] قال القاضي : كلُّ ذلك غيرُ صريحٍ ، إلا قوله : « توهشته اي » ؛ لأنه لا يُستعمل في العادة إلا في الطلاق ، وأما سائر الألفاظ ، فشائعُ الاستعمال في غير الطلاق .

الرابعة : إذا شاع لفظٌ في العرف للطلاق ، كقوله : « حلالُ اللهِ عليَّ حرامٌ » فهل يصير صريحًا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن المقصودَ ، [٥] تَعَيُّنُ جهةِ التفاهمِ [٥] ، وقد حصَلَ .

والثاني : لا ؛ بل مأخذُه القرآن العظيم فقط [٦] .

---

(١) دشت : تعني الصحراء .

بازداشتم : حبستُ . من المصدر : بازدشتن ، ويعني الاعتقال أو الحبس . والميم هذه ، هي ضمير المتكلم .

ترا : تو + را ، تو :أنتِ ، وحُذفت الواو منها . را : علامة المفعولية . والمعنى الحرفي للجملة : جعلتك حبيسة الصحراء ، والفارسيون يستعملونها بمعنى : طلقتك ، أو سرَّحتك .

(٢) از : مِنْ ، حرف جر .

تو : أنت ، ومعناهما معًا : منك .

جُدَا كردم : فارقتُ . والمعني الكلي للجملة : مِنْكِ مُفارِق .

(٣) ترا : مكونة من تو + را . تو : أنت ، و « را » علامة المفعولية بمعنى أن ما قبلها يكون مفعولًا به .

كسيل كردم : مصدر مركب من كلمة عربية « كسيل » + كلمة فارسية .

كردم : صنعتُ أو جعلتُ . والمعنى الحرفي للجملة : جعلتك ضعيفة ، وهو كناية عن الطلاق . انظر : قاموس الفارسية د . عبد النعيم محمد حسنين . فرهنك عميد .

(٤) يعني الوجه الثالث .

(٥) في (ب) : « تعين التفاهم » .

(٦) قال النووي (رحمه الله) : « الأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون ، أنه كناية مطلقا » . ورجحه السيوطي أيضًا . انظر روضة الطالبين (٢٦/٨) . مغني المحتاج (٢٨١/٣) . الأشباه والنظائر ص (٣٠٢) .

وقال القفال : إن صدر ذلك من فقيه يعرفُ الكنايةَ ولم يَنْوِ ، لم يقع طلاقُه . وإن صدر من عامّيّ ، يقال له : ما الذي يَسْبق إلى فَهْمك إذا سمعتَ هذه الكلمةَ مِنْ غيرك ؟ فإن كان يفهم الطلاقَ ، جُعِلَ منه طلاقًا .

وهذا - إن عَنَى به القفالُ الاستدلالَ على نيّته ، وأنه إذا كان يفهم ذلك - فلا يخلو ضميرُه عن معناه وإن لم يَشْعرْ به : فله وجهٌ . وإن عَنَى وقوعَ الطلاقِ ، مع خُلُوِّ قلبِه عن النية بينه وبين الله تعالى : فلا وجْهَ له ، إذ لم يجعل صريحًا . هذا حكمُ الصرائح .

أما الكنايات : فهي كلُّ لفظةٍ محتمِلة . إما جَليّة كقوله : أنتِ خَلِيَّة [١] ، وبَرِيّة [٢] ، وبَتّة [٣] وبتلة [٤] . وإما خَفِيّة : وهي التي لا تنتظمُ إلا بتقدير استعارةٍ وإضمارٍ ، كقوله : اعتدِّي ، واستبرئي رَحمَكِ ، فإن معناه : طلقتُكِ فاعتدِّي . وكذا قولُه : « الْحَقِي بأهلك ، وحبلُكِ على غارِبك [٥] ولا أنده سَرْبك [٦] » ، ....

(١) يقال : خَلَت المرأة من مانع النكاح خلوا ، فهي خلية . ويقال : ناقة خلية ، أي مطلقة من عقالها ترعى حيث شاءت .ومنه يقال في كنايات الطلاق : هي خلية . والخالي : هو العزب الذي لا زوجة له ، وكذلك يطلق لفظ « العزب » على الأنثى بغير الهاء . وكان الرجل - في الجاهلية - إذا أراد تطليق زوجته ، قال لها : أنت خلية .انظر : طلبة الطلبة ص (١٢٠) . المصباح المنير (٢٧٩/٢) . مادة (خ ل و) .

(٢) بَرِيَّة : اسم مفعول ، على وزن فَعِيلة بمعنى مفعولة ، وبارأ المرأةَ : صالحها على الفراق . انظر : اللسان (٢٤١/١) . القاموس المحيط ص (٤٢) مادة (ب ر أ) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٣٥) .

(٣) البَتُّ : القَطْعُ ، يقال : بتَّ الرجلُ طلاقَ زوجته ، فهي مبتوتة ، والأصل : مبتوتٌ طلاقها . وطلقها بَتَّةً : إذا قطعها عن الرجعة . انظر : طلبة الطلبة ص (١٢٠) . اللسان (٢٠٢/١) . مادة (ب ت ت) .

(٤) بَتَلَه ، يَبْتُلُه بتلًا : قطعه وأبانه ، ومنه قولهم : طلقها طلقة بتة بتلة . انظر : أساس البلاغة ص (١٤) . المصباح المنير (٥٩/١) . اللسان (٢٠٦/١) .

(٥) الغارب : ما بين العنق والسنام ، وهو الذي يُلقى إليه خطام البعير إذا أُرسل ليرعى حيث شاء . ثم استعير للمرأة وجعل كناية عن طلاقها ، فيقال لها : حبلك على غاربك ، أي : اذهبي حيث شئت كما يذهب البعير . انظر : طلبة الطلبة ص (١٢٠) . المصباح المنير (٦٨١/٢) . المطلع على أبواب المقنع ص (٣٣٩) .

(٦) أنْده : فعل مضارع من « النَّدْه » وهو الزجر ، والسَّرْب : الإبل وما يرعى من المال ، وقد تكون بكسر السين ، ومعناها : الجماعة من الظباء والبقر . ومعنى « لا أنده سربك » أي : لا أزجر إبلك ، والمقصود : لا أهتم بشأنك . انظر : الروضة (٢٦/٨) . مغني المحتاج (٢٨٢/٣) .

واعزبي [١] ، واغربي [٢] ، واذهبي .

وأَخْفى منها كقوله : « تجَرَّعي » أيْ كأسَ الفِراق ، و « ذوقي » ، و« تزوَّدي » . وترددوا في قوله : « اشربي » أي كأسَ الفراق ، وأَلْحقَ بِه بعضُهم : كُلِي ، وهو أبعدُ . وترددوا في قوله : « أغناكِ اللهُ » أخذًا من قوله تعالى : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ [٣] .

وحَدُّ الكناية : ما يحتمل الطلاقَ ولو على بُعْدٍ ، لا الذي لا يحتمل ، كقوله : « اقْعُدي » و « اغزلي » وغيره [٤] . وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال لزوجته : « أنتِ حرة » ونوى الطلاقَ : وقع ، وكناياتُ الطلاقِ والعتاقِ ، متداخلةٌ متناسبةٌ في الأكثر . نعم ، لو قال لعبده : « اعتدَّ واستبرِىءْ رحمَكَ » ونوى العتقَ : لم يَنْفُذ ؛ لأن ذلك غيرُ مُتَصَوَّر في حقّه . ولو قال ذلك لأَمَتِه [٥] ، ففيه وجهان [٦] . ولو قال ذلك لزوجته قبل الدخول ، ففيه وجهان أيضًا [٧] ؛ لأنها ليست بصدد العدة كالأمة .

الثانية : [٨] لفظُ الظهارِ ، ليس كنايةً في الطلاق [٨] ، ولا الطلاقُ في الظهار مع الاحتمال ؛ لأن كل واحد منهما [٩] وَجَدَ نفاذًا في موضوعه الصريحِ ، فلا يعدل إلى غير موضوعه بالنية . ولا يمكن تنفيذهما جميعًا ؛ لأن اللفظ لم يُوضَعْ لهما وَضْعَ العمومِ ، فصُرِفَ إلى ما هو صريح فيه .

الثالثة : إذا قال لزوجته : « أنتِ عليَّ حرامٌ » فإن نوى الظهارَ كان ظهارًا . وإن نوى التحريمَ

---

(١) أي : تباعدي عني ، يقال :عزب الشيء عزوبًا أي : بَعُدَ . انظر المصباح المنير (٦٢٢/٢) .

(٢) أي : صيري غريبة بلا زوج . ومعنى غَرَبَ : بَعُد . ومنه ما جاء عن النبي ﷺ إذ قال له رجلٌ : إن امرأتي لا تردُّ يَدَ لامِسٍ ، فقال له النبي ﷺ : « غَرِّبْها » أي : أَبْعِدْهَا ، وهو كناية عن الطلاق .انظر : طلبة الطلبة ص (١٢٠) . اللسان (٣٢٢٥/٥) مادة (غ ر ب) .

(٣) من الآية (١٣٠) من سورة (النساء) .

(٤) في (ب) : « وغيرها » .

(٥) يعني قال ذلك لأمته ونوى العتق ، وإلا فيجوز أن يقول لها ذلك ، وينوي الطلاق ، فيكون واقعًا بلا خلاف .

(٦) والأصح أن العتق ينفذ . الروضة (٢٧/٨) .

(٧) إذا قال لها ذلك ونوى الطلاق ، نفذ على الأصح كما في الروضة (٢٧/٨) .

(٨) في (ب) : « لفظة الظهار ليست كناية فى الطلاق » .

(٩) كلمة : « منهما » ليست في (أ) ، (ب) .

كان يمينًا وتلزمُه كفارةٌ [1] . وإن نوى الطلاقَ نفذ . وإن أطلق ففيه ثلاثة أوجه :

أظهرها : أنه صريح في إيجاب الكفارة .

والثاني : أنه يلغو ؛ لأنه محتمِلٌ لوجوهٍ .

والثالث : أنه في الأَمة صريحٌ في الكفارة ؛ لأن الآية إنما وردت فيه [2] ، وفي المنكوحة كنايةٌ .

قاعدتان / ١٩٠/ب

إحداهما : أن القرينة عندنا لا تَجْعل الكنايةَ صريحًا ، وأبو حنيفة (رحمه الله) جعل الكنايةَ في الغضبِ ، وعند التخاصمِ ، وسؤالِ الفِراقِ ، صريحا [3] . وهو ضعيفٌ ؛ لأن اللفظَ محتمِلٌ ، وعدولُ الرجلِ عن لفظِ الطلاقِ ، مُشْعِرٌ بإضمارِ غيرِ الطلاقِ ، فكيف ينقلبُ صريحًا ؟ .

الثانية : أنّ النية ينبغي أن تقترنَ بلفظ الكناية ، فلو تقَدَّمت أو تأخرَّتْ لم تؤثر . وإن نوى مع ابتداء اللفظ ، ولكن انقطعت قبل تمام اللفظ ، فالظاهرُ : أنه يقع وإن خلا عن النيّة أولُ اللفظ ، ونوَى في أثنائه ، ففيه وجهان مشهوران [4] .

---

(١) قال في الروضة : « قول الغزالي في « الوسيط » : « إن نوى التحريم كان يمينًا » هذا غلط ، بل الصواب ما اتفق عليه جميع الأصحاب أنه ليس بيمين ، لكن فيه كفارة يمين » . الروضة (٢٩/٨) .

(٢) يعني قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللّه لَكَ تبتغي مَرْضَاة أزوَاجِكَ واللّه غفورٌ رحِيم ﴾ [التحريم : ١] ويعني بقوله : (لأن الآية وردت فيه) أي في تحريم الأمة ، إذ سبب نزول هذه الآية على أحد القولين – أن النبي ﷺ حرّم مارية القبطية على نفسه ، وقال : هي عليّ حرام . قال ابن كثير : والصحيح أن ذلك كان في تحريمه العسل . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٢٩٣/٤) . انظر تفسير القرآن العظيم (٣٨٧/٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن كنايات الطلاق تحتاج إلى نية حتى يقع الطلاق ، ولا يقوم مقامَ النيةِ ، الغضبُ ، أو التخاصمُ ، أو سؤالُ الفراق . انظر : الأم (٢٥٩/٥) . مختصر المزني ص (١٩٢) . الوجيز (٥٤/٢) .

ومذهب أبي حنيفة: أن الغضب أو التخاصم أو سؤالها الطلاق ، يقوم مقام النية ، فإذا نطق بإحدى الكنايات في هذه الأحوال ، تطلق زوجته ولا تُسمع دعواه أنه لم ينْوِ الطلاق . وهذا هو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : اللباب في شرح الكتاب (٤١/٣) . الهداية (٢٦٣/١ وما بعدها) . الاختيار (١٣٢/٣) . الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص (٦٦) . الروض المربع ص (٤١٦) . زاد المستقنع ص (١٠٥) . دليل الطالب ص (٢٢١) . منار السبيل (٢٤١/٢) .

(٤) والأصح أنها تطلق . انظر الروضة (٣٢/٨) .

الفصل الثاني
في الأفعال

اعلم أن اللفظ إنما يُرَاد للتفهيم ، وقد يحصُل التفهيمُ بالإشارة والكتابة ، فلْنذكرْهما :

أما الإشارة : فهي مُعْتبَرَةٌ من الأخرس ، وتنقسم إلى صريح وكناية .

فالصريح : ما يتفق الكفَّةُ على [1] فهمه . **والكناية :** ما يَفْطِنُ له بعضُ الناس . وإذا أتى بالصريح ، لم يُقْبل بعد ذلك تأويلُه ، كما في النطق . والصحيحُ : أنه إن أشار بالطلاق في الصلاة نفذ الطلاقُ ولم تبطل صلاته .

وأما كتابة الأخرس ، فهو طلاق [2] ؛ لأنها أظهر من الإشارة ، ومع ذلك فلا نكلِّف الأخرسَ القادرَ على الكتابة بأن يكتب الطلاقَ ، بل نقنع بالإشارة .

وأما القادر [3] فإشارتُه – وإن بالغ فيها – لا نجعلها صريحًا لأن عُدولهَ إليها – مع القدرة – مُوهِمٌ . نعم ، هل تُجعل كنايةً [4] ؟ قال القفال : هو فعل مترتب على الكتابة ، والإشارةُ أولى بالاحتياط ؛ لأن الكتابة معتادة ، والإشارةُ من الناطق غير معتادة . أما الكتابة [5 فليس بصريح 5] . [6 وإن كتب اللفظ الصريح 6] ، فهل هو كناية ؟ اضطربت فيه النصوص ، وحاصلُه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه كناية ؛ لأن الكتابة معتادة ، والمقصودُ التفهيمُ [7] .

---

(١) في (ب) : « في » . (٢) في (أ) : « فهي طلاق » .

(٣) يعني القادر على النطق .

(٤) الأصح أنها ليست كناية أيضًا ، كذا في الروضة (٨/٤٠) والمنهاج مع المغني (٣/٢٨٤) . والغاية القصوى (٢/٧٨٨) .

(٥) في (ب) : « فليست بصريحة » .

(٦) في (ب) : « وإن كتب الصريح » . والمقصود به القادر على النطق .

(٧) وهذا هو الأظهر ، أنها كناية ، فإذا كتبه ولم ينوه ، فلَغْوٌ ، فإن نواه فالأظهر وقوعه . انظر : المهذب مع تكملة المجموع (١٨/٢٦٢) . التنبيه ص (١١٢) . الروضة (٨/٤٠) . المنهاج مع المغني (٣/٢٨٤) . الغاية القصوى (٢/٧٨٧ وما بعدها) .

والثاني : أنه لَغْوٌ ؛ لأن الصيغ اللفظية هي الموضوعة للعقود في حق القادر .

والثالث : أنها تعتبر من الغائب دون الحاضر ؛ لأجل العادة .

وفي شرح « التلخيص » وجهٌ [1] : أنّ كَتْبَه صريحَ الطلاق، صريحٌ من غير نية . وهو بعيد [2] .

أما إذا كتب قولَه : « كلُّ زوجة لي ، فهي طالق » وقرأ ، ونوى عند القراءة : وقع . وإن قرأ ولم يَنْوِ ، وقال : « قصدتُ القراءة » فهل يُقبل ظاهرًا ؟ فيه ترددٌ ، كما لو حَلَّ الوثاق عن زوجته وقال عند ذلك : « أنت طالق » [3] .فإن فرعنا على اعتبار الكتابة ، فيتصدَّى النظرُ في أمور ثلاثة :

الأول : في التصرفات . فتعتبر في كل ما يستقلّ به المتصرف [4] ، كالعتق ، والعفو ، والإبراء . أما ما يفتقر إلى القبول ، ففيه قولان ، وفي النكاح قولان مرتبان [5] ، وأَوْلَى بألا ينعقد ؛ لما فيه من التعبُّد ، ولأنه كناية ، والشاهدُ لا يطلع على النية ، ولكن من جوّز ذلك ، ربما احتمله لأجل الحاجة . ثم إنْ كتب « زوجتُ بِنْتي من فلان » وأَشْهَدَ عليه عدلين وشَهِدَا – هما بأعيانهما – على قبول الزوج : صَحَّ . وإن شهد آخران ، فوجهان [6] . ثم إذا كتب « بعتُ داري منك » فبلَغَه الكتابُ ، فينبغي أن يقول على الفور : « اشتريت » أو يكتب على الفور ؛ لأن الاتصال بين الجواب والخطاب [7] ....

---

(١) صاحب « التلخيص » هو أحمد بن أبي أحمد الطبري المشهور بابن القاصّ ، وكتابه التلخيص من أنفس كتبه . انظر ترجمته في القسم الدراسي .

(٢) قوله : « وهو بعيد » ساقط من (ب) .

(٣) رجح في الوجيز (٥٥/٢) أنه يقبل .

(٤) أي : تعتبر الكتابة في كل ما يستقل به ولا يفتقر إلى قبول الطرف الآخر ، وذلك كالعتق ، والعفو عن القصاص ، والإبراء .

(٥) والمذهب منعه . كذا في الروضة (٤١/٨) .

(٦) وأصح هذين الوجهين المنعُ . انظر الروضة (٤١/٨) .

(٧) قوله : « والخطاب » ساقط من (أ) .

.... شرطٌ ، وهو الاتصال اللائق بالكتابة ، فإن ذلك مُتَّصِل [في الكتابة] [١] و إن تخلّل بينهما شهور .

الثاني : في ألفاظ الكاتب ، وهو ثلاث :

(إحداها) : أن يكتب « أما بعد ، فأنتِ طالق » [٢] ونوى : فَيُحْكم بوقوعه في الحال [٢] .

(الثانية) :أن يكتب « إذا بلغكِ كتابي هذا ، فأنت طالق » فلا يقع إلا بالبلوغ .

(الثالثة) : أن يقول : « إذا قرأتِ كتابي هذا [٣] ، فأنتِ طالق » فلا يقع مالم تقرأْ .

فإن كانت أُمِّيَّةً ، فإذا قُرِىء عليها طُلقتْ ، وقيل : لا تُطلق ؛ لأنها ما قَرَأت ، وكأنه علَّق على قراءتها ، وهو محال فلا يقع . وهذا بعيد ، نعم ، لو كانت قارئةً ، فقرأ عليها غيرُها ، فالظاهر أنها لا تطلق ، وقيل : إنها تطلق كما إذا قال : إذا رأيت الهلال فأنت طالق ، فإنها تطلق برؤية غيرها . وهو بعيد ؛ لأن « الرؤية » قد يُراد بها العلم دون « القراءة » .

الثالث : في المكتوب عليه . وكلُّ ما يثبت عليه الخطّ : من ثوب ، وحجر ، وعظْم ، فهو كالبياض . أما لو كتب على الماء ، أو على الهواء : لم يكن ذلك كتابة ، [٤] بل هي إشارةٌ من قادر [٤] ، وقد ذكرناه .

ولو كتب على البياض ، ولكن علّق الطلاقَ على البلوغ ، فبلغ ، وقد امَّحت [٥] الكتابةُ : لم يقع ؛ لأنه بلغ الكاغَد [٦] دون الكتاب . وإن لم ينمحِ [٧] إلا السطرُ الذي فيه الطلاق – أو سقط

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٣) كلمة : « هذا » ساقطة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بل هي إشارةُ قادرٍ » .

(٥) في (ب) : « وقد انمحت » .

(٦) الكاغَد : هو الورق ، فارسي معرب . انظر اللسان (٣٨٩٢/٥) . القاموس ص (٤٠٢) مادة (ك غ د) .

(٧) في (أ) : « ينمحي » .

ذلك القدْرُ - ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يقع ؛ لأن الكتاب عبارة عن جميع الأجزاء [1] .

والثاني : أنه يقع ؛ لأن الكتاب قد بلغ / . ١٩١/أ

والثالث : أنه إن قال : « إن بلغك كتابي هذا » لم يقع ؛ لأنه يتناول جميع الأجزاء ، وإن قال : « إن بلغكِ الكتابُ » وقع .

أما إذا امَّحَى الجميعُ إلا سطرَ الطلاق ، فالخلاف مرتب ، وأولى بالوقوع . وإن لم ينمحِ إلا التسميةُ والصدرُ ، وبقيت المقاصدُ كلُّها ، فمرتبٌ وأولى بالوقوع . وإن لم يسقط إلا الحواشي ، فأولى بالوقوع . ومنهم من قطع في هذه الصورة بالوقوع ؛ لأن الحاشية غير مقصودة . ومَنْ منع ، علّل بأن الحاشية من الكتاب ، ولذلك لا يجوز للمُحْدَث مَسُّهُ من المصحف .

فرع : إذا قال : « إن بلغكِ نصفُ كتابي ... » فبلغ الجميعُ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يقع ؛ لأن في الكلِّ نصفًا [2] .

والثاني : لا ؛ لأن مفهومه التخصيصُ بالنصف .

* * *

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح أنها لا تطلق . انظر الروضة (٤٣/٨) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة (٤٤/٨) .

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في التَّفْويضِ إلى الزَّوْجَة

والنظر في ثلاثة أطراف :

الأول : ألفاظه . فإذا قال : « طلِّقي نفسكِ » فقالت : « طلقتُ » نفذ ، ولو قال : « أَبِيني نفسَكِ » فقالت : « أَبَنْتُ » ونَوَيَا : وقع . وإن لم يَنْوِ أحدُهما لم يقع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا تُعتبر نيتُهما (١) ، بل تكفي نيةُ الرجل ، وقولُها يُبْنى على قوله (٢) .

ولو قال : « طلِّقي نفسك » فقالت : « أبنتُ » ونَوَتْ (٣) ، فالظاهر الوقوعُ ، وفيه وجهٌ : أنه لا يقع ؛ لمخالفة اللفظ ، وقيل : إن ذلك يجري أيضًا في توكيل الأجنبي .

ولو قال : « اختاري » فقالت : « اخترتُ نفسي » ، وقعت (٤) طلقةٌ رجعية . ولو قالت : « اخترتُ زوجي » لم يقع شيء ، وهو مذهبُ عمر ، وعائشة ، وابن عباس ، وابن مسعود (رضي الله عنهم) . وقال عليٌّ وزيدٌ (رضي الله عنهما) : « إن اختارت نفسها فطلقةٌ بائنة ، وإن اختارت زوجَها فرجعيةٌ » (٥) . واشتد إنكار عائشة (رضي الله عنها) (٦) فقالت : « خَيَّرني رسولُ الله ﷺ فاخترتُه ، أترى أن ذلك طلاقٌ رجعي (٧) » ؟! .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « لا تعتبر نيتها » . وهو أليق .

(٢) انظر الهداية (٢٦٦/١) .

(٣) قوله : « ونوت » ساقط من (أ) .

(٤) في (أ) : « وقع » .

(٥) انظر تلك الآثار في مصنف عبد الرزاق (٧/٩-١١) .

(٦) في (أ) : « واستدلت عائشة رضي الله عنها » .

(٧) الحديث رواه البخاري في صحيحه (٢٨٠/٩ فتح) (٦٨) كتاب « الطلاق » (٥) باب « من خَيَّرَ أزواجه » برقم (٥٢٦٣) بإسناده عن مسروق قال : سألت عائشة عن الخيرة ، فقالت : خيرنا النبيُّ ﷺ ، أفكانَ طلاقًا ؟! . ورواه مسلم في صحيحه (١١٠٤/٢) (١٨) كتاب « الطلاق » (٤) باب « بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنية » برقم (٢٥) حديث الباب . ورواه الترمذي (٤٨٣/٣) حديث (١١٧٩) . والنسائي (١٦١/٦) جميعًا من طرق عن مسروق به .

فرع : إذا كان التفويض بالكناية ، وأنكر الزوج النيةَ [(١)] ، فالقول قولُه ، وكذلك إذا أنكرت نِيتَها ، فالقول قولُها ، [(٢] ولو قالت : « نويتُ أنا » وأنكر الزوجُ ، فالقول قولها [٢)] . وفيه وجه بعيد : أن القول قوله ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، وهو ضعيفٌ .

الطرف الثاني : في حقيقة التفويض . وفيه قولان :

أحدهما : أنه تمليكٌ ، وكأنه ملَّكها نفسَها [(٣)] .

والثاني : أنه توكيلٌ كتوكيلِ الأجنبيّ .

ويُبْتنى عليه أنها لو طَلَّقتْ نفسَها في مجلس آخر - لا على الاتصال - لم يجزْ إن جعلناه تمليكا ؛ لأن اتصال القبول لابُدَّ منه ، وقبولُها هو قولُها : طلقتُ .

وإن جعلناه توكيلًا ، جاز . وقال القاضي : وإن جعلناه توكيلًا يحتمل أن يُشْترط ذلك في المجلس ، لأن هذه الصيغة تتقاضى جوابًا ناجزًا ، كقوله : « أنتِ طالقٌ إن شئتِ » فإنه يختص بمشيئتها في المجلس . وأَجْرَى ذلك في قوله : « وكَّلْتُكِ » و « فَوَّضتُ إليكِ طلاقَك بالوكالة » وعبَّر المحققون عن هذا ، بأنا إنْ جعلنا مُطْلَقَ التفويضِ تمليكًا ، فهل للزوج سبيلٌ إلى توكيلها ، أم يُنَزّل توكيلها أيضًا على التمليك ؟ فيه تردُّد .

فرع : لو رجع عن التفويض قبلَ قَبولها : جاز على القولين جميعًا ، وقال ابن خيران : « لا يجوز على قول التمليك » وكأنه يضمن التعليق [(٤)] ، وهو بعيد ؛ لأنه ليس بأبلغ من قوله : « أنت طالق على ألف » وله الرجوع قبل قبولها .

الطرف الثالث : في حكم العدد . فإذا قال : « طَلِّقي نفسك » ونوى الثلاثَ ، فإن طلقتْ ونوتِ الثلاثَ : نفذ . وإن لم تَنْوِ لم يقع الثلاثُ ، بل وقعت واحدةٌ . وفيه وجه : أنه يقع ؛ لأن

---

(١) في (ب) : « وأنكر النية » . (٢) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٣) وهذا هو الجديد من قولي الشافعي (رضي الله عنه) . انظر : المنهاج ص (١٠٦) الروضة (٤٦/٨) . الغاية القصوى (٧٨٩/٢) . فتح المعين ص (١١٩) . المهذب مع تكملة المجموع (٢٣١/١٨) .

(٤) في (ب) : « مضمن بتعليق » .

البناء في العدد ، أقربُ من البناء في أصل النية ، وهذا يُقوِّي مذهبَ أبي حنيفة (رحمه الله) . نعم لو قال : طلِّقي نفسك ثلاثًا ، فقالت : « طلقتُ » ولم تذكر العددَ ، ولم تنوِ ، فيظهر البناء هاهنا لأنه صرح به ، لا سيما إن جعلناه تمليكا ، فإن مجرد قول القائل : « قَبِلْتُ » يكفي وإن لم يُعِدْ تمامَ الكلامِ ؛ لأنه كالبناء على الإيجاب .

وأما كلام الوكيل : فلا يُبْنى على كلام الموكِّل . نعم ، إن اشترطنا القبولَ في المجلس – على قول التوكيل – فلا يَبْعُد أيضًا أن يحتمل البناء .

فرع : لو قال : « طلِّقي نفسَكِ ثلاثا » فطلقتْ واحدةً ، طُلِّقت بالاتفاق واحدةً . ولو قال : « طلِّقي واحدةً » فطلقت ثلاثًا ، وقعتْ عندنا واحدة ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يقع هاهنا [شيء] [1] أصلًا [2] . والفرقُ مُشْكِلٌ عليه بين الصورتين .

* * *

(١) زيادة من (أ) .

(٢) انظر الهداية (١/٢٧٠) . الاختيار لتعليل المختار (٣/١٣٧) .

الرُّكْنُ الثَّالِثُ

القَصْدُ إلى لفْظِ الطلاق ، ومَعْناه

ويُتَوهَّم اختلالُ القصدِ بخمسةِ أسباب : سبقُ اللسانِ ، والهزلُ ، والجهلُ ، والإكراهُ ، واختلالُ العقلِ .

السَّبَبُ الأَوَّلُ (١)

سَبْقُ اللسان

فإذا بدرتْ منه كلمةُ الطلاق في محاورته / أو في النوم (٢) ، لم يقع طلاقه (٣) ، ولكن يَعْسُر قبولُ دعواه إذا لم تكن قرينةٌ . نعم ، يُدَيَّنُ باطنًا . وإن شهدتْ قرينةٌ ، قُبِلَ ظاهرًا ، مثل إنْ كان اسم امرأته « طارق » ، فقال : « يا طالق » وزعم أنه (٤ التفّ بلسانه الكلامُ ٤) من غير قصدٍ ، قُبل قطعًا ، لا كشهادة حلّ الوثاق ، فإن فيه خلافًا ؛ لأن كلمة « الطلاق » مُسْتَنكر في غير النكاح . ١٩١/ب

وإن [كان] (٥) اسمُ امرأتِه « طالق » ، واسمُ عبدِهِ « حرّ » فقال : يا طالقُ ، ويا حرُّ – وقصدَ النداءَ – لم يقع . وإن قصد الإيقاعَ وقع . وإن أطلق من غير قصد ، فعلى أيّهما يُحْمل ؟ فيه وجهان (٦) .

وقد ظهر أنّ قصدَ حروفِ الطلاقِ لا يكفي ، بل لابدَّ من قصْدِ لفظِ « الطلاق » لمعنى الطلاق (٧) .

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « الأول » بدون كلمة « السبب » وهي ثابتة في (ب) .

(٢) في (ب) : « نومه » .

(٣) في (ب) : « الطلاق » .

(٤) في (ب) : « التفَّ بلسانه اللامُ » أي حرف « اللام » منْ قوله : يا طالق .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) وأصح الوجهين أنه يحمل على قصد النداء انظر الروضة (٥٣/٨) . مغني المحتاج (٢٨٨/٣) .

(٧) في (ب) : « بمعنى الطلاق .. » .

السبب الثاني : الهزْل .فإذا قالت المرأة في ملاعبتها : « طلقني ثلاثًا » فقال : « نعم ، أنت طالق ثلاثًا » [(١)] كاللاعب المستهزىء ، وقع الطلاقُ ؛ لوجودِ قصدِ لفظِ الطلاقِ ، ولم يُعْدم إلا القصدُ إلى الحُكْمِ ، ولا يُشترطُ ؛ بدليل أنه لو طلَّق - بشرط الخيار لنفسه - نَفَذَ ، وإن كان ذلك يعدم الرضا بالحكم . وقد قال ﷺ : « ثلاثٌ ، جِدّهنَّ جِدٌّ ، وهَزْلُهُنَّ جِدٌّ : الطلاقُ ، والنِّكاحُ ، والعتاقُ » [(٢)] . ولم يَحْكم الشافعيُّ (رضي الله عنه) بانعقاد نكاح الهازل . وهو خلافُ ظاهرِ الخبر [(٣)] . أمَّا

---

(١) في (أ) : « نعم ، أنت طالق » .

(٢) حديث حسن : رواه أبو داود في سننه (٦٤٣/٢) (٧) كتاب « الطلاق » (٩) باب « في الطلاق على الهزل » حديث (٢١٩٤) . ورواه الترمذي (٤٩٠/٣) (١١) كتاب « الطلاق » (٩) باب « ما جاء في الجِدّ والهزل في الطلاق » حديث (١١٨٤) . وابن ماجه (٦٥٧/١) (١٠) كتاب « الطلاق » (١٣) باب « من طلق ، أو نكح ، أو راجع لاعبًا » حديث (٢٠٣٩) ورواه الدار قطني في سننه (١٨/٤) والحاكم في المستدرك (١٩٨/٢) رَوَوْه جميعا من طرق عن عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك عن عطاء بن أبي رباح عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة مرفوعًا بلفظ : « ثلاث ، جدهن جد ، وهزلُهن جدّ : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » . والحديث صحح الحاكمُ إسنادَه ، وتعقبه الذهبيُّ في توثيق ابن حبيب ، وقال : فيه لين . والحديث حسَّنه الحافظُ ابنُ حجر كما في التلخيص الحبير (٢٣٦/٣) .

(٣) قال الحموي : « قوله في كتاب الطلاق : (السبب الثاني : الهزل إذا قالت المرأة : طلقني في ملاعبتها ... إلى قوله : (نعم طَلَّقْتُ ، وقال النبي ﷺ : « ثلاثٌ جِدُّهن جِدٌّ وهزلهن جد : الطلاق والعتاق والنكاح » . ولم يحكم الشافعي بانعقاد نكاح الهازل ، وهو خلاف الخبر) .

قلت : كما ذكره الشيخ من كون الشافعي لم يقل بانعقاد نكاح الهازل فغلطٌ في الوسيط ، فإن الشيخ حكى في البسيط عن صاحب النهاية أنه قال : كان شيخي يقول : الهازل في البيع فيه احتمالٌ يجوز أن يلحق بالطلاق والعتاق ، ويجوز أن يقال : لا ينعقد البيع من الهازل به ، فإن النبي ﷺ قال : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : الطلاق والعتاق والنكاح » وهذا يدل على أن النكاح ينعقد به قولًا واحدًا ، وقد أورد الشيخُ التردُّدَ في البيع ، حاكيًا ذلك عن الشيخ أبي محمد ، فإن النكاح ينعقد من الهازل للخبر .

وقال : أما الهزل في البيع وسائر التصرفات فقد تردَّد فيه الشيخ أبو محمد فقال : يحتمل أن ينعقد لو جرى العقدُ واللفظ ، ويحتمل أن يخصص بالنكاح للحديث المذكور ، ومقتضى الحديث إلحاقُ النكاح بهما وهو مشكل ؛ لأنه يضاهي المعارضات في كونه لا يحتمل تبعضه ولا يجوز تعليقه .

قلت : مستند ما ذكره الشيخ في الوسيط من أن الشافعي (رضي اللّه عنه) لم يحكم بانعقاد نكاح الهازل فإنه كان مبنيًا على عدم الفعل عنده في ذلك الوقت من حيث إن القياسَ لا يقتضي إلحاقَه بهما لما تقدم ذكره ، وأما ما نقله الشيخ أبو محمد وحكاه عنه الشيخ في البسيط فإنه لا يدل بطريق التصريح على أن الشافعي صرَّح بنكاح الهازل ، وما ذكره الشيخ كان بطريق الفُتْيَا على قياس مذهب الشافعي (رضي اللّه عنه) وذلك لا يناقض ما ذكره الشيخ كما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٥/أ - ١٥٦/أ) .

البيعُ وسائرُ التصرفاتِ ، فتردَّد بعضُ الأصحاب في انعقادها من الهازل [1] .

السبب الثالث : الجهل . وهو أن يخاطبَ امرأةً بالطلاق ، وهو يظنُّ أنها زوجةُ غيره ، فاذا هي زوجتُه ، وقد رآها في ظُلْمة ، [2 أو في جلباب 2] أو كان أبوه زوَّجَها منه في صغره ، وهو لا يَدْري ، فالمشهورُ : أنه يقع طلاقه ، وهذا فيه احتمال ظاهر ؛ لأنه إذا لم يعرف الزوجيةَ ، لم يَقْصد إلى قَطْعها ، وقد ذكرنا في كتاب « الغصب » وجهًا في نظيره من العتق أنه لا يقع ، وهو منقدح ، وبيانه أن الأعجميّ [3] إذا لُقِّنَ كلمةَ « الطلاق » وهو لا يفهم : لم يقع طلاقه بالاتفاق . وأمَّا بيعُ الجاهل ، فالظاهرُ صحتُه ، وهو إذا ما باع مَالَ أبيه على ظَنٍّ أنه حيٌّ . فعلى هذا قالوا : نفوذُ الطلاقِ أوْلى ، والأقيسُ في البيع : أنه أيضًا لا ينعقد ، ولأن القصد إلى المعنى المجهولِ ، محالٌ .

السبب الرابع : الإكراه . وطلاق المكره لا يقع عندنا ؛ [4 لأن قصْدَه مختلٌّ ؛ إذ الإكراهُ بَعَثَ فيه القصدَ ، وكأنه فِعْلُ المُكْرِه 4] . وقال أبو حنيفة : يقع [5] .

ثم نحن أيضًا نُوقِعُه ، مهما زعم المكْرَهُ أنه كان راضيًا ، أو ظهرت منه مخايلُ الاختيار ، وذلك كمخالفته للمكرِه بزيادةٍ ، أو نقصانٍ ، أو تغييرِ لفظٍ .

مثالُ الزيادة : أن يُكرهه على طلاقٍ واحد ، فطلّق ثلاثًا ، أو على طلاق زوجة واحدة ، فطلَّق زوجتين .

---

(١) والأصح : انعقادُ البيع ، وسائر التصرفات مع الهزل . انظر : الروضة (٥٤/٨/٨) . مغني المحتاج (٢٨٨/٣) .

(٢) في (ب) : « أو جلباب » .

(٣) في (ب) : « ويتأكد بالأعجمي » .

(٤) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن طلاق المكره لا يقع . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : المهذب مع المجموع (٢٠٧/١٨) . التنبيه للشيرازي ص (١١٢) . فتح المعين مع ترشيح المستفيدين ص (٣٣٥) . الكافي لابن عبد البر ص (٢٦٢) . القوانين الفقهية ص (٢٣٢) . الشرح الكبير (٣٦٧/٢) . زاد المستقنع ص (١٠٤) . دليل الطالب (٢١٩) .

ومذهب الحنفية : أن مَنْ أُكْرِهَ على طلاق امرأته ، ففعل ، جاز عليه ما فعله ، ووقع طلاقه ، وكان له على من أكرهه على طلاق زوجته – إن لم يكن دخل بها – ضمانُ ما يُقْضَى به لها عليه من نصف الصداق أو من متعة . وإن كان قد دخل بها – قبل ذلك – لم يرجع عليه بشيء ؛ لأن الصداق كله تقرر على الزوج بالدخول . انظر : مختصر الطحاوي ص (٤٠٧) . اللباب (٤٥/٣) . المبسوط (٦٣/٢٤) . رءوس المسائل ص (٤٥٢) . إيثار الإنصاف لسبط ابن الجوزي ص (٣٧٧) .

والنقصانُ : أن يكلِّفه طلاقَ زوجتين ، فطلّق واحدة ، أو على الثلاثِ فطلق طلقةً أو اثنتين ، أو قال : قُلْ : « طلَّقْتُها » ، فقال : « فارقتُها » ، أو قال : « طلِّق إحدى زوجتيك » فعيَّن واحدةً ، وطلقها ؛ فإن التعيينَ دليلُ تَبَرُّمه بالمطلَّقة . أما إذا ترك التورية - وهو فقيه قادر ، ومعترف بأن الإكراهَ لم يُدْهِشْه عن ذِكْر التورية - ففيه خلافٌ ، والظاهر أنه يقع ، ويُجْعل ذلك دليلَ الاختيار .

والنظرُ بعد هذا في طرفين :

أحدهما : التصرفاتُ المتأثِّرة بالإكراهِ . والإكراهُ يُسْقط أثَر التصرفاتِ عندنا [قطعًا] [1] إلا في خمسة مواضع :

(الأول) : الإسلام فإنه يجوز إكراهُ الحربيّ عليه ، فيصحُّ إسلامه ، وإلا فتبطل [2] فائدةُ الإكراهِ . وفي إسلام الذّمّي المكْرَهِ خلافٌ ، والأصحُّ : أنه لا يصحُّ .

(الثاني) : الإرضاع . ولا يخرجه الإكراه عن كونه مُحَرِّمًا ؛ لأنه منوط بوصول اللبن إلى الجوف ، لا بالقصد .

(الثالث) : القتل ، على أحد القولين ، فإنه يُوجب القصاصَ على قولٍ ؛ لأن الإكراهَ لم يرفع الإثمَ .

(الرابع) : المكرَهُ على الزنا - على أحد القولين - يُحدّ ، لأن حصول الانتشار دلالةُ الاختيارِ ؛ فإنه لا يحصل بالإكراه . ومأخذُ القولين ترددٌ في تصوُّر الإكراه .

(الخامس) : إذا علّق الطلاقَ على الدخول ، فأُكرِه على الدخول ، ففيه قولان ، مأخذهما : أن الصفة لا يُشترط فيها القصد ، بل يكفي الاسمُ .

وأَمَّا البيع فيبطل بالإكراه . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ينعقد ولا يلزم [3] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « لبطل » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن التراضي في البيع شرط في صحته ، فلو أُكْره البائعُ أو المشتري فلا يصح هذا البيع . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : المنهاج ص (٤٤ وما بعدها) . الشرح الكبير (٣٦٩/٢) . المقنع ص (٩٧) . زاد المستقنع ص (٥٨) .

ومذهب الحنفية : أن البيع بالإكراه صحيح في الأصل ، ولا ينفذ إلا بالتراضي . انظر : المبسوط (٩٣/٢٤) . الهداية (٣٠٨/٣) . إيثار الإنصاف ص (٣٧٧) .

واعلم أن الاستثناء – بالتحقيق – يرجع إلى الإسلام فقط، وإلى القتل على قول . أمَّا ما عداه ، فسببُه عدمُ تصوُّرِ الإكراه ،أو عدمُ اشتراطِ القصد .

الطرف الثاني : في « حدِّ الإكراهِ » (١) .

وفيه مسلكان للأصحاب متباعدان :

أحدهما : أن يصير بحيث لا تبقى له طاقةٌ في المخالفة ، بل يكون مضطرًا إلى اختيار /١٩٢أ الموافقة ، شاء أم أَبَى ، كالذي يفرُّ من أسدٍ ضارٍ (٢) ، فيتخطى النارَ والشوكَ ، ولا يُبَالي . ومثلُ هذا لا يحصلُ إلا بسيفٍ مسلولٍ ، أو التخويفِ بالإلقاء في النار (٣) مثلًا ، والشرطُ أن يصير كالمدهوش الذي لا تبقى له رَويَّةٌ واستصوابٌ .

ثم الجبان قد يُدْهش ويَسقط اختيارُه بما لا يَسقط به اختيارُ الشجاعِ ، فالمعتبرُ سقوطُ خيرتِه في هذه الطريقة . أمَّا من يُخوَّف بالحبس المخلّد ، أو الجوع (٤) ، وما لا يأخذه في الحال منه أمرٌ لا يطيقه ، فالطلاقُ به واقعٌ ؛ بناء للأمر على الحزم والاستصواب ، وذلك عين الاختيار . وهذه الطريقة أضمّ للنَّشَر (٥) .

المسلك الثاني : أن ذلك لا يعتبر ، بل إذا خُيِّر بين الطلاق ، وبين أمرٍ لا يحتمله العاقلُ – لأجل الطلاق – فطلَّق : لم يقع الطلاق به (٦) ، كالحبس المخلّد ، والتهديد بالضرب ، والجوع ، ممن يَعْلم أنه يُحقِّق ذلك ، وكذلك صَفْعُ ذوي المروءة (٧) على مَلأٍ من الناس ، وكذلك التخويف بإتلاف المال ، وقَتْلِ الولد . وعند هذا ينشأ النظر في المكرَه به والمكرَه عليه :

---

(١) يشترط في الإكراه : أن يكون المُكْرِه غالبًا قادرًا على تحقيق ما هدَّد به ، بولاية ، أو تغلُّبٍ ، أوفَرْطِ هجوم . وأنْ يكون المكرَه مغلوبا عاجزًا عن الدفع بفرار ، أو مقاومة ، أو استعانةٍ بغيره . ويشترط أن يغلب على ظن المكرَه أنه إن امتنع مما أُكْرِهَ عليه ، أوقع به المكْرِهُ الضررَ . انظر الروضة (٥٨/٨) .

(٢) في (ب) : « الأسد الضاري » .   (٣) في (ب) : « نار » .

(٤) في (أ) : « والجوع » .

(٥) هو بفتح النون والشين ، أي : الانتشار . انظر تهذيب الأسماء واللغات (١٦٧/٢/٣) .

(٦) في (ب) : « لم يقع » بدون قوله : « الطلاق به » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « ذي المروءة » بالإفراد وهو أليق .

فإذا أُكره على القتل - بإتلاف المال ، أو الحبس - فلْيحتمِلْه . وإن أُكره على الطلاق بذلك ، فربما لا يحتمله ، وربما يقال : يُحْتمل إتلافُ المال في الطلاق . فإن أكره بإتلاف مالٍ ، على إتلاف مالٍ ، فيتصدّىَ النظرُ في القلّة والكثرة ، وضبطُ ذلك عسيرٌ ، ولا تخلو طريقُه عن غموض ، ويحصل منه : أن المتفق عليه الإكراهُ بالقتل ، أو الجرحِ [1] الذي يخاف الموت منه ، كالقطع ، وما عدا ذلك فيُخرَّج على الخلاف .

السبب الخامس : زوال العقل .وذلك إن كان بإغماء ، أو جنون ، أو شُرْبِ دواءٍ : فيمنع نفوذَ الطلاق والتصرفات . وإنْ كان بِمُسْكرٍ تعدَّى بِشُرْبه - ولم يُصَبَّ قَهْرًا في حلقه - فنصوصُ الشافعي (رضي الله عنه) قديمًا وحديثًا وقوعُ الطلاق [2] ، ونصَّ في « الظهار » قديمًا على قولين [3] ، فقال بعض الأصحاب : في المسألتين قولان . ومعظمُ العلماءِ على وقوع طلاق السّكران . ومذهبُ عثمان [4] وابنِ عباس [5] وأبي يوسف وزُفَر [6] والمزنيِّ [7] وابن سُريج [8] (رضوان الله عليهم أجمعين) : أنه لا يقع [الطلاق] [9] . وفي سائر تصرفاته طرقٌ [10] : منهم من

(١) في (أ) : « أو بالجرح » .

(٢) انظر الأم (٢٥٣/٥) . مختصر المزني ص (١٩٤) . معرفة السنن والآثار (٧٦/١١) .

(٣) انظر الأم (٢٧٦/٥ ، ٢٧٧) . مختصر المزني ص (٢٠٢) . والجديد : أنه يلزمه .

(٤) انظر سنن البيهقي (٣٥٩/٧) ، معرفة السنن والآثار (٧٧/١١) . وذكره البخاري تعليقا في صحيحه (٣٠٠/٩) .

(٥) رواه عنه عبد الرزاق في مصنفه (٤٠٧/٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥٨/٧) ، وفي معرفة السنن والآثار (٧٢/١١) ، وذكره البخاري عنه تعليقا في صحيحه (٣٠٠/٩) كما في الفتح .

(٦) **مذهب الحنفية** : أن طلاق السكران واقع ، ولم يخالف في ذلك أبو يوسف ولا زفر ، والذى يُحْكى عنه خلافُ ذلك من الحنفية ، هو الكرخي والطحاوي ، انظر : الهداية (٢٥٠/١) . فتح القدير (٤٨٩/٣) . وانظر مختصر الطحاوي ، فقد حكى المذهبَ بوقوع طلاق السكران ، ولم يتعقب ذلك بشيء . انظر المختصر ص (١٩١) .

(٧) انظر قوله (رحمه الله) وبرهانَه في مختصره ص (٢٠٢) .

(٨) انظر الروضة (٦٢/٨) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) قال الحموي : « قوله : (ومعظم العلماء على وقوع طلاق السكران ، وفي سائر تصرفات طرقه) .

قلت : فمفهوم ما ذكره الشيخ هنا أن الطلاق ليس فيه خلاف عندنا وأن الطرق في تصرفاته ، وليس =

طرد القولين حتى في أفعاله . ومنهم من قال : أفعالُه كأفعال الصَّاحي ، وإنما الخلاف في أقواله . ومنهم من قال : ما عليه ينفذ ، والقولان فيما له . وأشهرُ الطرقِ طردُ القولين في الكلّ [(١)] .

ومن شرب « البنج » [(٢)] متعدِّيًا فزال عقلُه ، منهم من ألحقه بالسكران ؛ لعدوانه . ومنهم من ألحقه بالمجنون ؛ لأن ذلك لا يُشْتهى .

فإن قيل : ما حدُّ السُّكر ؟ قلنا : قال الشافعي (رضي الله عنه) : « إذا اختلط كلامه المنظومُ ، وانكشف سِرُّه المكتوم » . والمقصود أن يصير مثل المجنون الذي لا تنتظم أمورُه ، أما ما دام في ابتداء نشاطه ، فهو كالعاقل . وإن سقط كالمغشيِّ عليه ، فهو كالنائم والمغمى عليه ، ويَبْعُد طردُ الخلاف فيه ، وقد قيل به . وهو ضعيف ؛ لأن ذلك يعدم من أصل القصد .

وطلاقُ المجنون والصبيِّ [(٣)] ، كطلاق الهازل والجاهل ، وإنما لا يقع نظرًا لهما ، والسكرانُ لا يستوجب النظر ؛ ولذلك لا يسقط عنه قضاء العبادات بخلاف المجنون ، والأقيسُ : مذهبُ المزنيِّ ، وهو إلحاق السّكران بالمجنون في التصرفات [(٤)] .

* * *

كذلك ؛ فإن الخلاف في الجميع كما لا يخفى ، وقد ذكر صاحب التتمة وغيرُه أن السكران إذا طلق في حال سُكْرِه ، فالمنصوصُ الجديد : أن طلاقه واقعٌ ، ونص الشافعيُّ (رضي اللّه عنه) في ظهار السكران على قولين ، وليس بين الطلاق والظهار فرقٌ قادح ، واختلف أصحابنا في أقوال السكران : فمنهم من أطلق قولين في تصرفاته وأفعاله ، حتى لو قَتَلَ في سكره أو قَذَفَ أو زنى ففي وجوب العقوبة عليه قولان ، ومنهم من قال : أفعاله صحيحة ويؤاخذ بموجبها حتى إذا قتل يلزم القصاصُ قولًا واحدًا ؛ لأن حكم النقل آكدُ من القول ، ولكنْ في أقواله مثل طلاقه وبيعه ونكاحه وإقراره وقذفه وردته – قولان ، ومنهم من قال : تُجْعَل أقوالُه وأفعاله كما في الصاحي فيما عليه خاصة وفيما له قولان . هذا نقل المذهب فيه وذلك يدل على الخلاف في طلاقه .

قلت : ما ذكره الشيخ في قوله : (وفي سائر تصرفاته طرق) لا ينفي الخلاف أيضًا في الطلاق ؛ لأنه قال : (ومعظم العلماء على وقوع طلاق السكرن) يدل على أن فيه خلافًا عندهم ، فإن ذلك يندرج تحت قوله : (معظم العلماء) وهو ظاهر كما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٦ / أ – ١٥٧ / أ) .

(١) قال في الروضة : « أفعالُه – كالقتل والقطع وغيرهما – كأفعال الصَّاحي قطعًا ؛ لقوة الأفعال .... ولا يصح بيعُه وشراؤه قطعًا ؛ لأن العلم شرط في المعاملات » . الروضة (٦٢/٨) .

(٢) البنج : نبات له حَبٌّ ، يخلط بالعقل ، ويورث الخبال ، وربما أسكر إذا شربه الإنسان بعد ذَوْبه . انظر : المصباح المنير (١٠٠/١) . القاموس المحيط ص (٢٣٢) .

(٣) قوله : « والصبي » ساقط من (أ) .

(٤) قوله : « في التصرفات » ساقط من (ب) .

الرُّكْنُ الرّابعُ لنفوذِ الطَّلاق

المحَلُّ ، وهي المرأة [1]

(وفيه فصلان)

أحدهما

أنه لو أضاف الطلاقَ إلى بعضها ، نفذ ، وكُمّل . ولو أضاف إلى عضو معين ، نفذ عندنا خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله) [2] .

ثم له ثلاثُ درجات :

إحداها : أن يُضيف إلى جزء مُتصلٍ : كاليد ، والرأس ، والكبدِ ، والظهرِ [3] ، وسائر الأعضاء الباطنة ، ولا خلاف في وقوعه . نعم ، الأُذُن المنفصلةُ إذا عادت ملتحمةً ، أو الشعرةُ الساقطةُ إذا انغرست في موضع آخر : ففي الإضافة إليه خلافٌ .

الثانية : أن يضيف إلى فَضَلات بدنها : كالبول ، واللبن ، والعرق ، والدَّمْع ، والمني ، فالصحيحُ : أنه لا يقع . وفيه وجه بعيد : أنه يقع ، ولم يَطَّرِدْ ذلك الوجْهُ في الجنين ؛ لأنه كالمستقلّ . نعم ، ترددوا في الدم والشحم ، أنه يُلحق بالفضلات أو بالأجزاء ؛ من حيث إن الدم

---

(١) في (أ) : « المحل ، وهو المرأة » .

(٢) **مذهب الشافعية :** أن الرجل لو أضاف الطلاق إلى عضو معين كاليد والرِّجْل ، فطلاقه نافذ . وهو مذهب المالكية والحنابلة . وهو قول الإمام زفر من الحنفية . انظر : الأم (١٨٦/٥) . الوجيز (٥٧/٢) . مغني المحتاج (٢٩١/٣) . الكافي ص (٢٦٨) . القوانين الفقهية ص (٢٣٣) . الشرح الكبير (٣٨٨/٢) المقنع ص (٢٣٤) . زاد المستقنع ص (١٠٥) . دليل الطالب ص (٢٢٢) . الهداية (٢٥٣/١) .

ومذهب الحنفية : أن إضافة الطلاق إلى اليد أو الرجل أو إلى جزء معين من البدن – لا يُعَبَّر به عن جميعه – لا يصح . أما إذا أضاف الطلاق إلى جملتها ، أو ما يعبر به عن الجملة ، كالوجه ، والرقبة ، والروح ، والجسد ، أو إلى جزء شائع منها – كالنصف والربع – صحّ ، ووقع الطلاق . انظر : اللباب شرح الكتاب (٤٥/٣) . المبسوط (٦/ ٨٩) . رءوس المسائل ص (٤١٦) . الاختيار (١٢٦/٣) . إيثار الإنصاف ص (١٥٢) .

(٣) في (ب) : « والطحال » .

كالقوام للروح ، والشحمُ يُشبه السِّمَن ؟ [1] . ولو قال « سَمْنُكِ طالق » : نفذ .

الثالثة : الإضافة إلى الصفة . كقوله : « حُسْنُكِ ، أو لونُك ، أو بياضُكِ :طالقٌ » ، وذلك لاغ ؛ لأن الصفة [2] تابع لا تَقْبل الإضافة دون الموصوف . نعم ، لو قال : « روحُك أو حَيَاتُكِ طالق » قالوا : إنه يقع ؛ لأن الروح جوهر وأصلٌ ، والحياةُ كذلك . ولا يحتمل نظرُ الفقهاء الخوضَ في الفَرْق بين الروح والحياة .

فرع : لو قال : « إن دخلتِ الدار ، فيمينُك طالق » فَقُطِع / يمينُها ، ثم دخلت ، ففي الطلاق[3] ١٩٢/ب وجهان مبنيان على أن تنفيذ الطلاق المضاف [4] إلى الجزء بطريق التَّسْرِية منه ؟ أو بطريق جَعْل ذِكْرِ البعض عبارةً عن الكل ؟ وفيه خلاف [5] . فإن قيل بالتسرية ، فلم يُصادف اليمينَ حتى تنفذ فيه ، فلا يقع . وإن جُعِل عبارةً عن الكل ، نفذ .

أما إذا قال لمقطوعة اليمين : « يمينُك طالق » فالصحيح : أنه لا يقع على الوجهين ؛ لأنه – وإن جُعِلَ عبارةً عن الجميع – فحيث تُوجَد [6] .

ولا خلاف أنه لو قال لها : « ذَكرُكِ ، أو لحيتُكِ طالق » لم يقعْ ؛ لأن المذكور مفقودٌ .

---

(١) إذا أضاف إلى الشحم طلقت على الأصح . وإذا أضاف إلى الدم ، تطلق على المذهب . انظر : روضة الطالبين (٦٤/٨) . الغاية القصوى (٧٩٠/٢) . مغني المحتاج (٢٩١/٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « الوصف » .

(٣) قوله : « ففي الطلاق » ساقط من (أ) .

(٤) في الأصل : « بالمضاف » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة : إذا أضاف الطلاق إلى جزء أو عضو معين ، ففي كيفية وقوع الطلاق وجهان :

(أحدهما) : يقع على المضاف إليه ، ثم يَسْرِي إلى باقي البدن كما يَسْرِي العتق .

(والثاني) : يُجْعل المضافُ إليه عبارةً عن الجملة ؛ لأنه لا يتصور الطلاق في المضاف إليه وحده ، بخلاف العتق . قال : ويشبه أن يكون الأول هو الأصح . الروضة (٦٥/٨) . وتظهر فائدة الخلاف في هذه المسألة المذكورة ، والأرجح أنه لا يقع الطلاق . وكذلك إذا قال لمقطوعة اليمين : يمينك طالق ، فالصحيح أنه لا يقع كما سيذكر الغزالي بعد قليل .

(٦) أي وإن جُعِل الجزء – المضاف إليه الطلاق – عبارةً عن جميع البدن ، فذلك إذا وُجد هذا الجزء ، وفي مسألتنا هذه لا توجد يمينها أصلًا .

الفصل الثاني [1]

في إضافة الطلاق إلى الزوج

فإذا قال : « أنا منكِ طالق » ونوى الطلاقَ ، نفذ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة(رحمه الله) [2] ؛ لا من حيث إن الرجل محلُّ الطلاق ، لكن من حيث إنه قَيْدٌ عليها ، والحِلُّ تارةً يُضاف إلى القيد ، وتارةً إلى المقيّد ؛ لأنه في حَجْرٍ - بسببها - عن نكاح أختِها ، وأربعٍ سواها ، وفي قَيْدٍ من لوازم النكاح ، فيصلح ذلك للكناية . ومن الأصحاب مَنْ زعم أن الرجل محلٌّ للطلاق ، وأنه معقودٌ عليه [3] كالزوحة . وهو ضعيف [3] ؛ إذ لو كان كذلك لما افتقر إلى النية ، ولَحَرُمَ عليه أن ينكح غيرها . نعم ، إذا نوى الطلاق ، فهل يشترط مع ذلك أن ينوي الإضافة إليها ؟ اختلفوا فيه [4] ، قال القاضي : لا يُشترط ذلك ؛ لأن الطلاق يرد على العقد ، فإذا نواه لم يفتقر إلى الإضافة إليها [5].

فرع : إذا قال : « أعتدُّ منكِ ، وأَستبرىء رَحِمي منكِ » فهذا ليس بكناية ؛ لأنه ليس ينتظم

---

(١) قوله : « الفصل الثاني » ساقط من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال الرجلُ لزوجته : أنا منك طالق ونوى ، وقع الطلاق . وهو مذهب المالكية أيضًا . انظر : التنبيه للشيرازي ص (١١٢) . المهذب مع المجموع(٢٣٢/١٨).المنهاج ص(١٠٧).الإفصاح لابن هبيرة(٢/ ١٥٢) . الشرح الكبير (٣٧٨/٢) .

ومذهب الحنفية : أنه إذا أضاف الطلاق إليه دون المرأة ، فلا يقع ، نوى أو لم يَنْوِ ، وذلك لأن الطلاق لإزالة القيد ، وهو فيها دون الزوج ؛بدليل أنها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر ، وكذلك فإنها ممنوعة من الخروج . ولو كان لإزالة الملك ، فهو عليها ؛ لأنها مملوكة ، والزوج مالك ، ولهذا سميت منكوحة . وهذا مذهب الحنابلة أيضًا .

انظر : المبسوط (٧٨/٦) . الهداية (٢٥٧/١) . إيثار الإنصاف ص (١٥٤) . الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢٩) . المقنع ص (٢٣٢) .

(٣) ما بين الرقمين ساقط من الأصل ، وثابت في (أ) ، (ب) .

(٤) انظر الوجيز (٥٨/٢) . الروضة (٦٧/٨) . الغاية القصوى (٧٩٠/٢) . مغني المحتاج (٢٩٢/٣) .

(٥) في (ب) : « إلى إضافة إليها » .

إضافته إلى الرجل ، بخلاف سائر الكنايات ، كقوله : « أبَنْتُ نفسي منكِ » و « أنا خَلِيٌّ ، وبريٌّ عنكِ » ، وكذلك لا ينتظم أن يقول السيد : أنا منكَ حُرٌّ ؛ إذْ ليس عليه [(1)] حَجْرُ قيدٍ بسبب الرق [(1)] . وفيه وجه : أن ذلك أيضًا كناية .

* * *

(١) في (أ) : « حجرٌ بسبب الرق » وفي (ب) : « حجرُ قَيْد الرق » .

الرُّكنُ الخَامِسُ

الولايةُ على المحلّ

فإذا قال لأجنبية : « أنتِ طالق » لم ينقص عددُ طلاقه لو نكحها بعد ذلك . ولو قال ذلك للرجعية ، نقص العدد ؛ لأن ولاية النكاح باقيةٌ عليها .

ولو قال للمختلعة ، لم يقع . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يقع وينتقص العدد ، واكتفى ببقاء العدة عليه وولايةِ على المحل [١] .

ولو قال لأجنبية : إن دخلتِ الدار فأنت طالق ، فنكحها ، فدخلت الدار [٢] ، لم يقع اتفاقًا ؛ لعدم الولاية حالة التلفّظ [٣] . ولو قال : إن نكحتكِ فأنت طالق ، فنكَحَها ، لم تطلق لعدم الولاية . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « تُطَلَّق [٤] ؛ لأن الولاية تُرادُ عند النفوذ ، وقد وُجدت » [٥] . نعم ، اختلف أصحابنا في أصلين :

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن المختلعة لا يلحقها الطلاق ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الأم (١٩٨/٥) . مختصر المزني ص (١٨٧) . تكملة المجموع (١٧٣/١٨) . حلية الفقهاء (٥٥٣/٦) . المقنع لابن قدامة ص (٢٢٧) .

ومذهب الحنفية : أنه يلحقها صريحُ الطلاق فقط لا كناياتُه . انظر : المبسوط (١٧٥/٦) . إيثار الإنصاف ص (١٦٤) .

ومذهب المالكية : أنه إن طلقها عقيب خلعه – متصلًا بالخلع – طلقت . وإن انفصل الطلاق عن الخلع لم تطلق . انظر : الكافي لابن عبد البر ص (٢٧٦) . الإفصاح لابن هبيرة (١٤٤/٢) .

(٢) كلمة : « الدار » ليست في (ب) .

(٣) في (أ) : « اللفظ » .

(٤) في (أ) : « ينفذ » .

(٥) **مذهب الشافعية** : إذا قال لأجنبية : « إن تزوجتك فأنت طالق » فنكحها ، لا تطلق ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الوجيز (٥٨/٢) . منهاج الطالبين ص (١٠٧) . المقنع ص (٢٣٧) .

ومذهب الحنفية : أنها تطلق ، سواءٌ خصَّصَ ذلك بامرأة أو عَمَّم ، كقوله : كلُّ امرأة أتزوجها فهي طالق . انظر : الهداية (٢٧٣/١) . إيثار الإنصاف ص (١٥٦) . الاختيار (١٤٠/٣) . اللباب في شرح الكتاب (٤٦/٣) . =

أحدهما : أنه لو قال العبدُ لزوجته : « إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا » فعتق ، ودخلت الدار ، هل تقع الثلاثُ ولم يكن يملك الثالثَ عند التعليق ؟ . فمنهم من قال : « لا يقع ؛ لعدم الملك » ، ومنهم من قال : « يقع ؛ لوجود النكاح المُنْتِج للطلاق الثلاث [1] عند العتق » [2] ، وكأن ملك الأصل ، يقوم [3] مقام ملك الفرع [4] . وكذلك الخلاف فيما لو قال [5] لجاريته : « إذا وَلَدْتِ ، فولدُكِ حرٌّ » ؛ لأنه ملك الأصل المنتج لملك الولد ، فأشْبهَ التصرفُ فيه ، التصرفَ في منافع الدار عند ملك الدار .

الأصل الثاني : أن دوام الولاية بين التعليق والصفة ، هل يُشْترط ؟ بيانُه : أنه لو قال لها : « إن دخلتِ الدار فأنت طالق » ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ودخلتْ ، ففيه قولان يُعَبَّر عنهما بِعَوْدِ الحنث [6] :

أحدهما : أنه يقع ؛ لوجود الولاية عند التعليق والصفة .

والثاني : لا ؛ لأن الواقع في هذا النكاح ، طلاقٌ يُفِيده هذا النكاحُ ، وذلك لم يملكه عند التعليق [7] .

= **ومذهب المالكية** : أنه إن خصّص ذلك بامرأة معينة ، أو بلدة معينة ونحو ذلك ، تطلق . وإن عمَّم فلا تطلق ؛ استحسانًا ؛ وذلك لأنه لو أوجب عليه الالتزام بالتعميم لم يجد سبيلًا إلى نكاح الحلال ، فكان ذلك عَنَتًا به وحَرجًا ، وكأنه من باب نذر المعصية ، وفي حالة التخصيص ليس الأمر كذلك ؛ إذ يمكنه التزوج بغيرها . انظر : الكافي ص (٢٧٠) . بداية المجتهد (٩٨/٢) . القوانين ص (٢٤٧) . الشرح الكبير (٣٧٠/٢ ، ٣٧٣) .

(١) في (ب) : « الثالث » .

(٢) والأصح : أنه يقع الطلاق الثالث ، وبه قطع البغوي كما في الروضة (٦٨/٨) . وانظر : الغاية القصوى (٧٩٠/٢) . مغني المحتاج (٢٩٣/٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يقام » .

(٤) في (أ) : « مقام الفرع » .

(٥) في (أ) : « إذا قال » .

(٦) ويعبر عنهما أيضًا بعود اليمين .

(٧) وهناك قول ثالث حكاه في الروضة ، وهو : أنه إن كانت البينونة بما دون الثلاث وقع الطلاق ، وإلا فلا . وأظهر هذه الأقوال أنه لا يقع الطلاق . انظر : الروضة (٦٩/٨) . الغاية القصوى (٧٩٠/٢) . مغني المحتاج (٢٩٣/٣) .

ولو علق الثلاث على الدخول ، ثم نَجَّزَ الثلاثَ ، ثم جدد النكاح ، فالمنصوص : أنه لا يعود . وفي القديم قولٌ ضعيفٌ : أنه يعود ، وهو مجردُ نظرٍ إلى وجود الولاية في الطرفين .

أما إذا علق طلقة واحدة ، ثم قال : نَجزتُ تلك الطلقة المعلقة ، ثم جدّد نكاحها ، ودخلت ، فمنهم من ألحق هذا بتنجيز الثلاث ، ومنهم من قال : الطلاق لا يتعين بتعينه ، فيلتحق [1] هذا بمحلّ القولين .

هذا كلُّه إذا لم توجد الصّفة [2] حالة البينونة ، فلو وُجدت ، انحلت اليمين ؛ فلا يعود قولًا واحدًا [3] .

هذا تمام النظر في أركان الطلاق ، واختتام / الباب بذكر أصلين في ملك الطلاق [4] : ١٩٣/أ

أحدهما : أن من طلق ثلاثًا ، حرمت عليه حتى تنكح زوجًا غيره . فلو طلق واحدةً ، أو اثنتين [5] ، فنكحت زوجًا آخر ، ثم عادت إليه ، لم تَعُد إلا ببقية الطلاق ، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « وطءُ الزوج الثاني ، يهدم الطلقات الماضية ؛ فتعود إليه بثلاث [6] » .

ثم التحليلُ ، إنما يحصل بوطءٍ تامّ في نكاحٍ صحيح غير مُختلّ .

---

(١) في (ب) : « فليلحق » .   (٢) كالدخول مثلًا .

(٣) وهو المذهب كما في الروضة (٦٩/٨) وعليه ، فإذا دخلت ثانيةً ، أو وجدت الصفة مرة أخرى لم تطلق .

(٤) قوله : « في ملك الطلاق » ساقط من (ب) .

(٥) في (أ) : « أو ثنتين » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الزوج الثاني لا يهدم ما مامضى من طلاق الأول إذا كان طلاقه رجعيًا ؛ فتعود إليه بما بقي من الطلاق . وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : الأم (٢٥٠/٥) . مختصر المزني ص(١٩٥) . الوجيز (٥٨/٢) . المنهاج ص(١١٧) . بداية المجتهد (١٠٣/٢) . القوانين ص (٢٣١) . المقنع ص (٢٤٥) . زاد المستقنع ص (١١٠) . دليل الطالب ص (٢٢٥) .

ومذهب الحنفية : أنها تعود إليه بثلاث تطليقات ؛ لأن الزوج الثاني يهدم ما سبق من طلاق . وقال محمد بن الحسن بقول الشافعية ومن وافقهم . انظر : مختصر الطحاوي ص(٢٠٣) . الهداية (٢٩٠/٢) . إيثار الإنصاف ص (٦٢) الاختيار (١٥١/٣) . اللباب شرح الكتاب (٥٩/٣) .

أما (الوطء) ، فيدخل فيه تغييبُ الحشفةِ من الخصيّ ، وتغييبُ قَدْرِ الحشفة من المجبوبِ بعضُه ، ونزولُ المرأةِ على الزوج ، واستدخالُها بالأصبع [1] من غير انتشار إلّا في [1] استدخال ذَكَرِ العِنِّين ، ففيه خلافٌ ، والظاهر أنه مُحَلِّل . والصحيح : أن وطءَ الصبيِّ محللٌ ، والإتيانُ في غير المأتى غيرُ محللٍ ، وكذا تغييبُ بعضِ الحشفة .

وأما (النكاح) ، فيخرج منه الوطءُ في ملك اليمين ، فإنه لا يُحَلِّل ، وكذا الوطء في النكاح الفاسد على القول الصحيح ، وفيه قول . وفي الوطء بالشبهة خلافٌ مرتَّب ، وأولى بأن لا يحصل ، ثم ذلك إذا ظنَّ أنها منكوحته [2] ، فإن ظن أنها مملوكته ، فلا يزيد ظَنُّ الملك على حقيقته .

وأما (غير المختلّ) فاحترزنا [3] به عن الوطء بعد [4] طلاق رجعيّ [4] ثبتت الرجعة فيه باستدخال الماء لا بالوطء ، فالنصُّ : أنه لا يحلل ؛ لأنه محرم [5] ، ويحتمل التحليل إذا لم نوجب المهر به . وإن فرعنا على أنه يحلل في النكاح الفاسد ، فهو أولى [6] . ولو وطئها بعد الارتداد ، فالنصُّ : أنه لا يحلِّل [7] ، وليس كالنكاح الفاسد ؛ فإنه عالمٌ بالتحريم . أما في حال الحيض والصوم فَمُحِلٌّ [8] ؛ لأنه لم يختلَّ النكاحُ ، وكذا في حال إحرامها خلافًا لمالك (رحمه الله) [9]

ثم مهما ادعت أن المحلِّل وطئها ، كان للزوج تصديقُها بغير بيّنة ؛ لأن بناء العقود على قول

---

(١) في (ب) : « من غير انتشار الآلة في ... » . (٢) في (أ) : « منكوحة » .

(٣) في الأصل : « احترازًا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « الطلاق الرجعي » . (٥) كذا بالنسخ الثلاثة ولعلها « لا أنه محرَّم » .

(٦) في (ب) : « فهذا أولي » .

(٧) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في كتابه « الأم » (٢٤٩/٥) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « محلِّل » والمقصود : أنه لو وطئها حال حيضها أو صومها ، فهذا الوطء يُحَلِّلها .

(٩) **مذهب الشافعية** : أنه إذا وطئها الزوج الثاني في حال إحرامها ، حلت لزوجها الأول ، وكان مسيئًا . وهو مذهب أبي حنيفة ، ورجحه ابن قدامة من الحنابلة . انظر : الأم (٢٤٩/٥) . مختصر المزني ص (١٩٧) . تكملة المجموع (٤٢٦/١٨) . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٢٢٣) . =

العاقد ، (١ ولكن إن كان غَلَب ١) على ظَنِّهِ كذُبها (٢) ، لم يحِلَّ له وَطْؤها .

فرع : لو طلق زوجته الرقيقة ثلاثًا ، ثم اشتراها ، لم يحلَّ له وطؤها إلى أن يجري التحليل . وفيه وجه : أن التحريم يختصّ بالنكاح ، ولا يحرم الوطء بملك اليمين بالطلقات الثلاث .

الأصل الثاني : أن الرقّ (٣ يؤثر في نقصان عدد الطلاق ٣) ، فيملك الحرُّ ثلاثًا ، ويملك العبدُ طلقتين . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يُنظر إلى جانب النساء ، فيملك الحرُّ والعبدُ ثلاثًا ولكن على الحرة ، ويملكان ثِنْتين (٤) ولكن على الأَمَة » (٥) . وهذا يخالف قولَه (عليه السلام) : « الطلاق بالرجال ، والعدةُ بالنساء » (٦) . يعني : العبرة في الطلاق بالرجال . ثم يتولّد من الأصلين فروعٌ ثلاثة :

الأول : لو طلق الذمي زوجتَه الذّمّية طلقتين ، ثم التحق بدار الحرب ، فاسْتُرِقّ . قال ابن الحداد : له أن ينكحها ؛ لأنها لم تحرم بالطلقتين ؛ فطرآنُ الرقِّ بعده لا يُؤَثِّر ، وفيه وجهٌ : أنه لا ينكحها ؛ لأنه في الحال رقيقٌ ، فكيف يطلقها طلقة ثالثة لو نكحها ؟ .

= **ومذهب المالكية :** أنها لا تحل للزوج الأول بهذا الوطء المحَرَّم ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : بداية المجتهد (١٠٢/٢) . المقنع ص (٢٤٦) . زاد المستقنع ص (١١١) . دليل الطالب ص (٢٢٥) .

(١) في (أ) : « ولكن إن غلب » .

(٢) في (أ) : « صدقها » وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « يؤثر في عدد الطلاق » .

(٤) في (أ) : « اثنتين » .

(٥) **مذهب الشافعية :** أن الحرّ يملك ثلاث تطليقات وإن كانت زوجته أمة . والعبدُ يملك طلقتين وإن كانت زوجته حرة . وهذا مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . انظر : التنبيه للشيرازي ص (١١٢) . المهذب مع المجموع (١٨ / ٢١١) . الكافي ص (٢٦٣) . شرح قاسم التنوخي على متن رسالة ابن زيدون (٨٣/٢) . المقنع ص (٢٣٣) . زاد المستقنع ص (١٠٥) . دليل الطالب ص (٢٢١) .

ومذهب الحنفية : أن الطلاق مُعْتبر بالمرأة ، فإن كانت حرة ، فعليها ثلاث تطليقات وإن كان زوجها عبدًا . وإن كانت أمة ، فعليها طلقتان وإن كان زوجها حرًا . انظر : إيثار الإنصاف ص (١٥٩) . الاختيار (١٢٣/٣) . اللباب (٤٨/٣) .

(٦) صحيح موقوفًا ، رواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٣٤/٧) بإسناده عن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت (رضي الله عنهما) قالا : « الطلاق للرجال ، والعدة للنساء » . وله شاهد عن ابن عباس موقوفًا أيضًا رواه البيهقي في سننه الكبرى (٣٧٠/٧) . وانظر موطأ مالك (٥٧٤/٢ ، ٥٧٥) ونصب الراية (٢٢٥/٣) .

ولا خلاف أنه لو طلقَ طلقةً ، ثم طرأَ الرقُّ ، فنكحها : فلا يملك إلا طلقةً واحدة[1] ويُحْسب ما مضى عليه .

الثاني : لو طلق في الرقِّ طلقة [ثم عتق][2] فيملك طلقتين في الحرية ؛ لأنه لم يستوفِ عددَ الرقِّ . ولو طلق في الرقّ طلقتينْ [ثم عتق][3] لم يكن له نكاحُها ؛ لأنها حرمت عليه في الرقّ .[4] وفيه وجه غريب [4] : أنه ينكحها .

الثالث : إذا طلق العبدُ طلقتين ، وعتق ، ولم يَدْر : السابقُ « هو الطلاقُ » أو « العتقُ » ؟ قال ابن الحداد : « يحرم نكاحُها ؛ لأن الرقَّ مستيقنٌ ، وكذا الطلاق ، والشّكُّ في تقديم العتق على الطلاق » ، وخالفه بعض الأصحاب ، وهو بعيدٌ .

* * *

---

(١) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) : أيضًا .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وفيه وجه غريب مزيف » .

البَابُ الثَّالِثُ
حُكْم طَلَاقِ المريض

اعلمْ أنَّ طلاق المريض كطلاق الصحيح في النفوذ ، وإنما النظرُ في انقطاع الميراث [1] به ؛ لِمَا فيه من الفرار عن التوريث قَصْدًا ، وفيه قولان :

الجديد [2] - وهو القياس والمشهور - : أنه ينقطع الميراث بالطلاق البائن كما في حالة الصحة ، وعلى هذا ينقطع التفريع .

والثاني : - وهو القديم - أنه يُجعل فارًّا ، فيُعَارَض بنقيض قصْدِه ، ونُورِّث زوجتَه ؛ ويدلّ عليه قصةُ عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) [3] . فنقول : الفارُّ - على هذا القول - مَنْ أنشأ تنجيزَ طلاقِ زوجته الوارثةِ بغير رضاها . فقد أوردنا [4] في الضابط خمسة قيودٍ [5] :

الأول : الإنشاء . واحترزْنا به عن إقرار المريض بطلاقٍ أَسْنده إلى حال الصحة [6] ، فهو غيرُ فارٍّ ؛ لأن الإقرار حجةٌ . وكذلك إذا أسند إقرار العتق إلى الصحة ، لم يحسب من الثلث / ١٩٣/ب وكذلك يجوز الإقرار للوارث وإن لم يَجُز الإنشاءِ . وقال القاضي : « لا يَبْعُد أن يُجْعل فارًّا ؛ [7] لأنه محجور على إنشاء [7] القطع ، وليس محجورًا في حق الوارث عن إنشاء استقراض

---

(١) في (أ) : « التوارث » .

(٢) انظر الأم (٢٥٤/٥) . مختصر المزني ص (١٩٤ ، ١٩٥) .

(٣) وهذه القصة رواها الشافعي في الأم (٢٥٤/٥) بإسناده عن ابن أبي مليكة أنه سأل ابن الزبير عن الرجل يطلق المرأة فَيَبُتُّها ، ثم يموت وهي في عدتها ، فقال عبد الله بن الزبير : طلّق عبدُ الرحمن بن عوف تُمَاضِرَبنت الأصبغ الكَلْبية ، فبتها ، ثم مات عنها ، وهي في عدتها ، فَوَرَّثَها عثمانُ . قال ابن الزبير : وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتةٌ .

(٤) في (أ) : « أدرجنا » .

(٥) في الأصل : « خمس قيود » وكذا (أ) ، (ب) وهو خطأ .

(٦) في (ب) : « إلى حالة الصحة » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لأنه محجور عن إنشاء » وهو أليق .

والتزام ، فكان له الإقرار » .

القيْدُ الثاني : التَّنْجيزُ : فلو علَّق طلاقَ زوجته على قدوم زيد ، فقدم وهو مريضٌ ، ففيه قولان ، يُعَبَّر عنهما بأن العبرة بحالة التعليق ، أو بحالة وجود الصفة ؟ والصحيحُ : أنه ليس فارًّا ؛ لأنه ليس يظهر منه قَصْدُ الفرار . أما إذا علَّقه بما لابد من وجوده في المرض ، كقوله : « أنت طالق إذا ترددت الروح في شراء سيفي » أو « قبل موتي بلحظة » فالصحيح : أنّ هذا فارٌّ ، ومنهم من طرد الخلاف ؛ نظرًا إلى حالة التعليق . وكذلك لو علق بفعلٍ من أفعال نفسه ، ثم أَتى به في المرض ، فالظاهرُ : أنه فارٌّ ، وقيل بطرد القولين . أما إذا قال : [أنت] [(١)] طالق قبل موتي بِيَوْم . ثم مات فجأةً [(٢)] ، فقد نفذ الطلاقُ في الصحة ، ويظهر في ذلك قصْدُ الفرار ، فقياسُ التهمة أنْ يُجْعل فارًّا ، ولكن يحتمل أن ينظر إلى الصحة ، ونقطع الميراث .

القيد الثالث : الطلاق . فلو فَسخ نكاحَها بعيبٍ في المرض ، فلا يكون فارًّا . ولو قذفها في الصحة ، ولَاعَنَ في المرض ، فليس بفارٍّ ؛ لأن اللعان ضرورةٌ لدفع الحدِّ والنَّسَب . وإن أنشأ القذف واللعان في المرض ، ففيه تردُّدٌ للأصحاب ، والظاهر : أنه غير فارٍّ .

ولو ارتدَّ الزوجُ ، ثم عاد ، فالصحيحُ : أنه ليس بفارّ ؛ لأنه ليس يقصد بالردة ذلك . وذكر العراقيون وجهين ، وطردوا ذلك في المرأة إذا ارتدت في المرض ، وجعلوها فارّةً عن ميراثه ، وهذا بعيدٌ .

القيد الرابع : الزوجة الوارثة . فلو طلّق زوجته الذّمّيةَ ، فأسلمت ، أو الرقيقةَ فعَتَقت ؛ فلا يكون فارًّا ؛ لأنها لم تكن وارثةً عند الطلاق ، ولا يبعد تخيلُ خلافٍ مِنْ تبرع الرجلِ على أخيه في مرضه ، وهو محجوب بولده ، ثم مات ولدُه ؛ لأن فيه قولين [(٣)] .

القيد الخامس : قولنا : « بغير رضاها » . فلو خالَعها ، أو طلّقها بسؤالها ، أو علَّق الطلاقَ بفعلها الذي لا ضرورةَ لها فيه ولا حاجةَ ، ففعلتْ ، فليس فارّا . ومنهم من طرد القولين ، ولم يجعل لرضاها أثرًا .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « فمات فجأة » .

(٣) في (ب) : « فإن فيه قولين » .

أما إذا علق الطلاق بأكْلها ، أو ما تحتاج إليه وتتضرَّر بتركه ، فهو فارٌّ قطعًا [1] . فإن قيل : فلو تمادى المرضُ بعد الطلاق ، فإلى متى يتمادى توريثُها ؟ قلنا : فيه ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنه يتمادى أبدًا .

والثاني : أنه إلى انقضاء العدة [2] .

والثالث : إلى أن تنكح زوجًا آخر [3] .

* * *

(١) كلمة : « قطعا » ساقطة من (ب) .

(٢) قال الشافعي (رحمه الله) مرجِّحًا هذا القول – في القديم – : « ذهب بعض أصحابنا إلى أن يُوَرَّث المرأة – وإن لم يكن للزوج عليها رجعة – إذا طلقها الزوج وهو مريض وإذا انقضت عدتها قبل موته . وقال بعضهم : وإن نكحت زوجًا غيره . وقال غيرهم : ما امتنعت من الأزواج . وقال بعضهم : ترثه ما كانت في العدة ، فإذا انقضت العدة لم ترثه . وهذا مما أستخير الله فيه . قال الرّبيعُ : وقد استخار الله تعالى فقال : لا ترث المبتوتة » . الأم (٥/٢٥٤) وانظر : معرفة السنن والآثار (٨٣/١١) .

(٣) في (أ) : « زوجًا غيره » .

الباب الرابع

في تعديد الطلاق

(وفيه ثلاثة فصول)

الفصل الأول

في نيّة العدد

فإذا قال : أنت طالق أو طلقتُكِ ونَوَى عددًا ، وقع ما نوى عندنا ؛ لأنّ المصدر مُضْمَرٌ فيه ، وهو محتمِل للجنس الشامل للعدد . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : لا يقع إلا واحدة [(١)] . وسلَّم أنه لو قال : أنت بائنٌ ، ونوى ثلاثًا : نفذ ، وإن نوى اثنين لا ينفذ [(٢)] .

فروع [(٣)]

الأول : إذا قال : أنت طالق واحدةً ، ونوى الثلاث ، فيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : لا ينفذ ؛ لأن الواحدة تُنافي العدد [(٤)] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : أنت طالق ، ونوى ثلاثًا أو اثنتين ، وقع ما نواه . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الوجيز (٢/ ٥٩) . المنهاج ص (١٠٧) . روضة الطالبين (٨/ ٧٥) . الغاية القصوى (٢ / ٧٩٣) . الكافي ص (٢٦٤) . القوانين الفقهية ص (٢٣٤) . دليل الطالب ص (٢٢١) .

ومذهب الحنفية : أنه لا يقع بقوله : أنت طالق ، إلا واحدة رجعية وإن نوى أكثر من واحدة . وهو رواية عن الإمام أحمد ، واختارها الخرقي . انظر : روءس المسائل ص (٣ / ٤) . طريقة الخلاف ص (١٠٣) . إيثار الإنصاف ص (١٥٥) . الاختيار (٣ / ١٢٥) . المقنع ص (٢٣٣) . الإفصاح لابن هبيرة (٢ / ١٥٢) .

(٢) انظر الهداية (١ / ٢٦٣) . اللباب في شرح الكتاب (٣ / ٤٢) .

(٣) في (ب) : « فروع ثلاثة » .

(٤) ورجحه الغزالي في الوجيز (٢ / ٥٩) وفي المنهاج مع المغني (٣ / ٢٩٤) . وخالف في الروضة (٨ / ٧٦) فقال : « أصحهما : يقع ما نوى » . وكذا البيضاوي في الغاية (٢ / ٧٩٣) .

والثاني : [أنه] [1] يقع ؛ وكأنه يُصَيِّرُهَا واحدةً بالطلاق الثلاث .

والثالث : – وهو اختيار القفال – [2] أنه إن بسط النيةَ على جميع اللفظ [2] : لم يقع .

وإنْ نوى الثلاث بقوله : أنت طالق ، وذكر الواحدةَ بعده : وقع الثلاث ولم يُؤَثّر ذِكْرُ الواحدة . وهذا بناء على المذهب الصحيح الذي ادعى الفارسيُّ [3] الإجماعَ فيه ، وهو أنه إذا قال : أنت طالق – ولم يكن في عزمه أن يقول : إن شاء الله – ثم قال متصلًا به : أنه لا يؤثر . ومن الأصحاب مَنْ خالف وقال : إذا اتصل الاستثناء وقصَدَه لم يقع الطلاق . فعلى هذا لا يتجه قول القفال .

الثاني : إذا قال : أنت واحدة ، ونَوَى به تَوَحُّدَها بالطلاق الثلاث ، وقع الثلاثُ – وإن لم يخطُرْ بباله معنى التوحّد ، ولكن نوى الثلاث ، [4] ففيه احتمال وتردُّد [4] .

الثالث : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا ، ولكن وقع قوله : « ثلاثًا » في حال موتها – بأن ماتت مقترنًا به – ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يقع الثلاث ، لأن الثلاث كالتفسير ، والمفسّر وُجِدَ في الحياة [5] .

والثاني : أنه يقع واحدة بقوله : « أنت طالق » ويلغو العدد .

والثالث : أنه لا يقع شيءٌ ؛ لأنها ماتت قبل تمام الكلام .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « إن بسط النية على جميع أجزاء الطلقة » .

(٣) انظر ترجمته في القسم الدراسي .

(٤) في (أ) : « ففيه تردّدٌ » .

(٥) ورجحه النووي كما في المنهاج مع المغني (٣ / ٢٩٥) والبغوي وهو اختيار المزني كما في الروضة (٨ / ٧٦) . والبيضاوي في الغاية (٢ / ٧٩٣) .

١٩٤/أ

الفصل الثاني /
في تكرير الطلاق

وفيه مسائل :

الأولى : [(1) إذا قال لمدخول (1)] : « أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق » فإنْ قصد التكرارَ نفذ الثلاثُ . وإن قصدَ التأكيدَ لم يقع إلاّ واحدةٌ . وإن نوى بالثانية الإيقاعَ ، وبالثالثة التأكيدَ للثانية ، وقع ثِنْتان . وإن نوى بالثالثةِ تأكيدَ الأولى لم يُقْبل ، ووقع الثلاثُ ؛ لأن تَخَلُّلَ الفصلِ يمنعُ قصْدَ التأكيد ، وإن أطلق فقولان :

أحدهما : أنه يُحْمل على التأكيد ؛ لأنه مُعْتاد في لسان العرب ، فلا تقع إلا واحدةٌ (2) .

والثاني : أنه يقع الثلاث ، لأنه تَلَفَّظَ ثلاث مرات ، وإنما يُصْرف (3) الطلاقُ بقصدٍ صحيح عن جهته ، ولم يَقْصد صرفه إلى التأكيد (4) .

ولو قال : [أنت طالق طالق طالق ، فله أن يقصد التأكيد] (5) . ولو قال : « أنت طالق وطالق » لم يمكن قصد التأكيد ؛ لِتَخَلُّلِ « الواو » الفاصلة ؛ إذِ المؤكِّدُ ينبغي أن يُسَاوي المؤكَّدَ .

ولو قال : « أنت طالق وطالق وطالق » وقصَد بالثالثة تأكيدَ الثانية : جاز ، ولو قصد تأكيدَ الأُولى ، لم يَجُزْ ؛ لِتخلُّلِ الفصْل .

ولو قال : « أنت طالق وطالق بل طالق » وقع الثلاثُ ، وامتنع قصْدُ التأكيد ؛ لِتغايُرِ الألفاظ ، وكذلك قوله : « أنت طالق وطالق فطالق » .

---

(1) يعني إذا قال لمدخولٍ بها ، ولكنه حذف الصلة : وفي (أ) ، (ب) : « إذا قال للمدخول بها » وهو أوضح .

(2) وهو الأظهر عند البيضاوي أنه لا تقع إلا واحدة ، كما في الغاية (٢ / ٧٩٥) .

(3) في (أ) : « ينصرف » .

(4) وهذا هو الأظهر كما في الروضة (٨ / ٧٨) والمنهاج ص (١٠٧) . وانظر مغني المحتاج (٣ / ٢٩٥) .

(5) زيادة من (أ) .

ولو قال : « أنت طالق طالق ، أنت طالق » فيجوز أن تجعل الثالثة تأكيدًا للثانية ، وإنْ تخلَّلَ قولُه : « أنت » ؛ لأنّ إعادة أدوات [1] الضمير تُحْتمل في التأكيد .

الثانية : إذا قال لها : أنت طالق طلقةً وطلقةً ، نَصَّ على وقوع ثِنْتين في المدخول بها . وجميعُ هذه المسائل في المدخول بها ؛ إذ لا يُتَصور تعاقبُ الطلاق قبل الدخول . ولو قال : لِفُلانٍ عليَّ درهمٌ فدرهمٌ ، نصَّ على أنه يلزمه درهمٌ واحدٌ [2] . فقيل : قولان بالنقل والتخريج . وقيل : الفرقُ أن التكرار يتطرّق إلى الأخبار ، ولذلك لو كرر في المجلس لم يتكرر بخلاف الإنشاء . وكذلك لو قال : لِفُلانٍ عليَّ درهمٌ بل درهمان ، لا يلزمه إلا درهمان .

ولو قال : أنت طالق طلقةً ، بل طلقتين ، وقع الثلاث ؛ لأنّ الاستدراك لا يتطرق إلى ما سبق إنشاؤه ، ويتطرق إلى الأخبار .

الثالثة : إذا قال : أنت طالق طلقةً مع طلقة ، أو معها طلقة ، أو تحت طلقة ، أو تحتها طلقة ، أو فوق طلقة ، أو فوقها طلقة ، فمقتضى الجميعِ الجمْعُ بين طلقتين ؛ فيقع في المدخول بها طلقتان ، وفي غير المدخول بها وجهان [3] .

أحدهما : أنه يقع ثنتان ؛ لأن الجمع ممكن ، كما لو قال : أنت طالق طلقتين .

والثاني : أنه تقع واحدة ؛ لأن قوله : « طلقة» كلامٌ تام ، والباقي [4] ليس تفسيرًا له ، بخلاف قوله : أنت طالق ثلاثًا ، فإنّ الثلاث (5 تفسيرٌ لطلاق 5) .

ولو قال لها : أنت طالق فطالق ، بانَتْ بالأولى ، ولَغَا قولُه : فطالق ، أعني قبل الدخول .

ولو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق ، فهل تقع ثنتان عند الدخول ؟ فيه وجهان [6] ،

---

(1) في (ب) : « أداة » .

(2) انظر الأم (٦ / ٢٢١) .

(3) في الروضة (٨ / ٨١) أنه إذا قال : أنت طالق طلقة مع طلقة ، أو معها طلقة ، فإن كانت مدخولًا بها فطلقتان وكذا إن كانت غير مدخول بها على الأصح . أما إذا قال : فوقها طلقة أو تحتها طلقة ، فيقع في غير المدخول بها طلقة واحدة . وانظر المنهاج ص (١٠٨) . والغاية القصوى (٢ / ٧٩٥) .

(4) في (أ) ، (ب) : « والثاني » .

(5) في (أ) ، (ب) : « تفسير لطالق » وهو أليق .

(6) في ذلك تفصيل ، فالمدخول بها يقع في حقها اثنتان ، وفي غير المدخول بها ثلاثة أوجه ، أصحهما : تقع الثنتان =

وجهه : أن الدخول يجعل كالجامع للطلقتين المذكورتين .

الرابعة : إذا قال [لها] (1) : أنت طالق طلقةً قبلَ طلقةٍ ، أو قبلها طلقةٌ ، أو بعد طلقة ، أو بعدها طلقة : ينفذ طلقتان في المدخول بها ، ولكنْ الواقعُ أولًا مضمونُ قولِه : « طلقةً » أو مضمونُ قولِه : « قبلها طلقة » ؟ فيه وجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى اللفظ ، واللفظُ الأول قولُه « طلقةً » وفي الثاني [ينظر] (2) إلى المعنى . وقولُه : قبلها طلقة – وإنْ ذَكَره آخرًا – فقد قدّمه بالمعنى . والأصحُّ اتباعُ المعنى (3) ؛ فيقع أولًا مضمونُ قوله : « قبلها طلقة » وكلاهما يقعان (4) بعد فراغه من تمام لفظه .

فعلى هذا ، إذا خاطب بذلك غيرَ المدخول بها ، فإن قلنا : إن الواقع أولًا مضمونُ قوله : « طلقةً » ، وقعت واحدةٌ ، ولم تَعْقبها الثانيةُ . وإن قلنا : الواقعُ أولًا مضمونُ قوله : قبلها طلقة » ، لم يُتَصَوَّر ان تقع [تلك] (5) وحدها ، ولا أن يقع بعدها طلقة ، فيؤدي إلى الدّور ، فقياسُ مذهب ابن الحداد أنه لا يقع شيء ، وقياسُ مذهب أبي زيد (6) [أنه] (7) يلغو قولُه : قبلها طلقة ؛ للبعد ، ويبقى مضمونُ قوله : أنت طالق طلقة ، فتنفذ واحدة

* * *

= أيضًا إذا دخلت . انظر الروضة (8 / 80) . الغاية القصوى (2 / 795) .

(1) زيادة من (أ) .

(2) زيادة من (ب) .

(3) في (أ) : « المعاني » .

(4) في (أ) : « يقع » وهو صحيح أيضًا .

(5) زيادة من (أ) .

(6) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(7) زيادة من (أ) .

الفَصْلُ الثّالِثُ

في الطّلاقِ بالحِسَاب

وهو ثلاثة أقسام :

الأول : حساب الضرب . فإذا قال : أنت طالق واحدة في اثنتين ، أو اثنتين في اثنتين . وأراد الحساب بطريق الضَّرْب : حُمِل عليه . وإن أراد الجمعَ حُمل عليه ؛ لأنه قد يُرَاد بها [1] « مع » والاحتمالُ البعيد مقبولٌ في الإيقاع وإن لم يُقْبل في نَفْيِ الطلاق . وإن أراد الظرف قُبِلَ ولم يقع ما جعله ظرفًا . وإن أطلق فقولان :

أحدهما : أنه يحمل على الحساب ؛ لِظهور ذلك في اللسان .

والثاني : يحمل على الظرف ؛ لأنه / يحتملها ، والتنزيلُ على الأقل المستيقن أولى [2] . ١٩٤/ب

وحُكِيَ قولٌ ثالث : أنه يقع الثلاث ؛ لِتَلَفُّظِه به . وهو بعيد .

ومهما كان جاهلًا لا يَفْهم معنى الحساب ، قطع المحققون بأنه [3] لا يحمل سياقةُ على الحساب [3] .

فرع : الجاهل بالحساب [4] إذا قال : أردت بذلك [4] ما يريد [5] الحُسَّابُ ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يحتمل ؛ لإرادته .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « به » .

(٢) وهذا هو الأظهر ، أنه يحمل على الأقل المستيقن . انظر : الوجيز (٢/٦٠) . الروضة (٨/٨٥) . الغاية القصوى (٢/٧٩٦) . مغني المحتاج (٣/٢٩٨) .

(٣) في (ب) : « لا يحمل في حقه على الأظهر » .

(٤) في (ب) : « إذا أراد بذلك » .

(٥) في (ب) : « ما يريده الحسّاب » .

والثاني : لا ؛ لأن إرادة ما لا يُفْهم محالٌ [١] .

ويجري هذا الخلاف فيما لو قال : طلقت زوجتي مثلما طلق فلانٌ زوجتَه ، وهو لا يدري ذلك . ومهما احتمل في الإحرام أن يقول : أَهْللتُ بإهلالٍ كإهلال فلانٍ - وهو لا يدري - فلا يبعد أن يحتمل في الطلاق .

القسم الثاني : تَجْزِئَةُ الطلاق . وفيه مسائل :

إحداها : لو قال : أنت طالق نصفَ طلقةٍ ، أو ربعَ طلقة : نفذ ، وكمل ، لا بطريق السِّراية [٢] بل بأن يُجعل البعضُ عبارةً عن الكلِّ . ولو قال : أنت طالق ثلاثةَ أنصافِ طلقة ، وجهان :

أحدهما : أنه لا تقع إلا واحدةٌ ؛ لأن المضاف إليه واحدة .

والثاني : أنه تقع طلقتان ، فكأنه قال : طلقة ونصف [٣] .

وكذا الخلاف في قوله : خمسة أرباع ، أو أربعة أثلاث ، وما يزيد أجزاؤه على الواحدة .

الثانية : إذا قال : أنت طالق نِصْفَيْ طلقةٍ ، فالصحيح : أنه تقع واحدة . ولو قال : نصف طلقتين ، [٤] فالصحيح أنه تقع أيضًا واحدة [٤] ، لا كما لو كان في يده عبدانِ فقال : لِفُلانٍ نصفُ العبدين ، ثم فسَّر بأحدهما : لم يقبل ؛ إِذْ نصفُ الاثنين المتناسبين المطلقين واحدٌ . أما المعينُ فإنه لا يتجه فيه ذلك . وقد قيل : تقع طلقتان .

وإنْ فَسَّر بواحدة ، يُدَيَّن ، وهل يُقْبل ظاهرًا ؟ قالوا : فيه وجهان .

الثالثة : لو قال : أنت طالق ، سدسَ وربعَ وثلثَ طلقةٍ ، فهي طلقةٌ واحدة . ولو كرّر الطلقة ،

---

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ٨٤) . مغني المحتاج (٣ / ٢٩٨) . الغاية القصوى (٢ / ٧٩٦) .

(٢) في (ب) : « التسرية » .

(٣) وهذا هو الأصح ، أنه تقع طلقتان . انظر الروضة (٨ / ٨٦) . الغاية القصوى (٢ / ٧٩٦) . مغني المحتاج (٣ / ٢٩٩) .

(٤) في (أ) : « فالصحيح - أيضًا - أنه يقع واحدة » .

فقال : سدسَ طلقةٍ وربعَ طلقةٍ ، وثلثَ طلقةٍ ؟ فمنهم من أوقع الثلاث [١] ، ومنهم من رَدَّ جميعَ ذلك إلى طلقة واحدة ، وجَعَل تكْرَارَه للتأكيد [٢] .

القسم الثالث : في اشتراك نسوة في الطلاق :

وفيه مسائل :

الأولى : لو قال لأربع نسوة : أَوْقَعْتُ عليكن طلقة واحدة [٣] ، طُلِّقتْ كلُّ واحدةٍ طلقةً ؛ إذ يخصُّ كلَّ واحدةٍ ربعُ طلقةٍ . ولو قال : طلقتين ، أو ثلاثًا ، أو أربعًا . فلا تزيد كلُّ واحدةٍ على طلقة ، مالم يجاوز الأربع .

فإن قال : أَوْقَعْتُ عليكن خمسَ طلقات ، طلقت كل واحدة ثنتين ، ولا تزيد إلى [٤] ثمانية .

فإذا قال : تسع [طلقات] [٥] طُلّقت كلُّ واحدة ثلاثًا . أما إذا قال : أوقعتُ بينكنّ طلقةً [٦] ، فهو كقوله : أوقعت عليكنّ ، إن أطلق . وإنْ أظهر تفسيرًا يخالف ذلك ، فهل يُقبل ؟ فيه أربعة أوجه [٧] :

أحدهما : أنه يُقبل كلُّ ما يُبْديه من تخصيص وإضمار ؛ للاحتمال .

والثاني : أنه لا يقبل أصلًا ما يخالف الاشتراك ؛ لأنه يصير الكلام كالمستكره [٨] .

---

(١) والمذهب أنها تطلق ثلاثًا كما في الروضة (٨ / ٨٧) .

(٢) وهو ما رجحه الغزالي في الوجيز (٢ / ٦١) .

(٣) كلمة : « واحدة » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « على » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) كلمة : « طلقة » ساقطة من (أ) .

(٧) الأصح أنه يُدَين ولا يقبل ظاهرًا . انظر : الوجيز (٦١/٢) . روضة الطالبين (٨٩/٨) . الغاية القصوى (٢/ ٧٩٧) . مغني المحتاج (٢٩٩/٣) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « كالمستنكر » .

الثالث : يقبل بشرط أن لا تخرج واحدة منهنّ عن الطلاق ، حتى لو قال : أوقعت بينكن ثلاث طلقات ، ثم أراد تخصيصَ زينب بطلقتين ، ويُوَزِّع واحدةٍ على الباقيات : صَحَّ ولو أراد إخراجَ واحدةٍ لم يَجُزْ .

الرابع : أنه يُقبل التخصيصُ والإخراجُ ، بشرط أن لا يُعطل طلاقًا حتى لو قال : أوقعت بينكن أربع طلقات ثم خَصّص زينب – حتى تتعطل الرابعة – لم يَجُزْ . نعم ، يُقْبل في اختصاص ثلاث بها [1] ، وتبقى الرابعة ، فتتوزّع على البواقي ، وتطلق كل واحدة [طلقة] [2] .

الثانية : إذا قال : أوقعت عليكن [3] سدسَ طلقةٍ ،وربعَ طلقة وثلثَ طلقة ، فإن قلنا : إن هذا في الواحدة محمولٌ على ثلاث طلقات ، قال العراقيون : طلقت كلُّ واحدةٍ ثلاثا ؛ إذ يُوزع كلُّ جزءٍ على الجميع . ويحتمل أن يقال : إن ذلك كثلاث طلقات .

ولو أوقع بينهن ثلاثًا ، لم تطلق كل واحدة إلا طلقة واحدة .

الثالثة : إذا قال لثلاث نسوة : أوقعت بينكن طلقة ، ثم قال للرابعة [4] : أشركتُكِ معهنَّ ، فإن لم يَنْوِ ، لم يقع شيء ؛ لأنه كنايةٌ . وإن نوى الطلاقَ ، ولكن لم يخطُرْ بباله كيفيةُ الاشتراك ، قال القفال : تقع عليها طلقتان ؛ لأن الشركة أن يكون لها نصفُ ما لهنّ ، ولهنَّ ثلاثٌ ، فنصفُه [5] واحدةٌ ونصفٌ ، [6] فتكمل طلقتين [6] . وقال الشيخ أبو علي : تقع واحدةٌ ؛ لأن مطلق الاشتراك لا يُنبىء عن [7] مساواة الشريكين .

* * *

---

(1) في (أ) : « منها » .

(2) زيادة من (أ) .

(3) في (أ) « بينكن » .

(4) وهي زوجته أيضًا .

(5) في (ب) : « فنصفها » .

(6) في (ب) : « فَتَكْمُل طلقتان » وهو صحيح أيضًا .

(7) في الأصل : « على » والمثبت من (أ) ، (ب) .

البَابُ الخَامِسُ

في الاستثناء

وله شروط ثلاثة :

أحدها : أن لا يَسْتغرق المستثنى عنه [١] .

والثاني : بأن يتصل بالمستثنى / عنه . فلو انفصل – ولو بزمان يسير – لم يصح . وقال ابن عباس : يصح الاستثناء المنفصل ، وهو بعيد . ١٩٥/أ

والثالث : أن يكون قَصْدُ الاستثناءِ مقرونًا بأول الكلام ، فإن قال : أنت طالق ، ثم بَدَا له – مُتَّصِلا بالفراغ – أن يقول : « إن شاء الله » ؟ قال أبو بكر الفارسي : هو باطلٌ بالإجماع . وخالفه بعض الأصحاب ، وعزا ذلك إلى الأستاذ أبي إسحاق وقال : شَرْطُه اتصالُ اللفظ ، [٢] أما اقتران النية [٢] فليس بشرط وكلامُ الفارسيّ أصحُّ . وشرحُ هذه المسائل في فصلين :

---

(١) مثل أن يقول لامرأته : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا ، فالاستثناء باطل ، وتقع الثلاث ، كما سيقوله الإمام الغزالي (رحمه الله) بعد قليل .

(٢) في (أ) : « أما اتصال النية ...» .

الفَصْلُ الأولُ

في الاسْتِثْناء المُسْتَغْرِق

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا ، وقع الثلاث وبطل الاستثناء ؛ لاستغراقه وتناقُضِه . ولو قال : « أنت طالق ثلاثًا إلا ثنتين وواحدة » ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يُجْمع استثناؤه ويُجْعل مُسْتغرقا ، فيبطل [(١] ووقع الثلاث [١)] .

والثاني : أن الاستغراق وقع بقوله : واحدة ؛ فيلغى [(٢)] هذا القدر ويعتبر الباقي [(٣)] .

وكذا الخلاف في قوله : أنت طالق طلقتين ، وواحدة إلا واحدة . فإن جمع المستثنى عنه صحَّ الاستثناء . وإن فرّق بطل . وكذلك لو قال : أنت طالق واحدة ، وواحدة ، وواحدة إلا واحدة . وكذلك لو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة ، وواحدة ، وواحدة . ولو قال : أنت طالق واحدة ، وواحدة ، وواحدة إلا واحدة ، وواحدة ، وواحدة : وقع الثلاث على الوجهين ؛ لأن من جمع ، جمع من الجانبين ، ومَنْ فرّق فكذلك ، وهو مستغرِق بكل حال .

الثانية : الاستثناءُ من الاستثناء صحيحٌ ، ومعناه نقيضُ المستثنى عنه ، فهو من النَّفْي إثباتٌ ، ومن الإثبات نَفْيٌ . فلو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا اثنتين إلا واحدة ، معناه : إلا اثنتين لا تقع إلا واحدة من الاثنتين تقع ، فتقع اثنتان . ولو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثا إلا واحدة ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه تقع الثلاث ؛ لأن الأول مُسْتغرِق ؛ فلغا ، والأخيرُ استثناءٌ من لاغٍ .

والثاني : وهو الصحيح ، أنه يقع واحدة ؛ [(٤] لأن الكلام بآخره [٤)] ، وقد أخرجه عن

---

(١) في (أ) : « ويقع الثلاث » .   (٢) في (أ) : « فلغا » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ؛ وعليه فتقع طلقة واحدة وهي الباقية من المستثنى . انظر : الروضة (٨ / ٩٢) . مغني المحتاج (٣ / ٣٠١) . الغاية (٢ / ٧٩٨) .

(٤) في (أ) : « لأن الكُلّ يتم بآخره » .

الاستغراق بالاستدراك [١] .

والثالث : أن الاستثناء الأول يلغو ، ويصير الأخير استثناء عن الأول . وهذا تحكُّمٌ فاسدٌ .

الثالثة : قال ابن الحداد : إذا قال : أنت طالق خمسًا إلا ثلاثًا ، وقعت ثنتان ، وكأنه زاد له وسع الاستثناء . ومنهم من قال : الخمس كالثلاث ، والاستثناء مستغرِقٌ فيبطل ، ولا نظر إلى الزيادة .

ولو قال : أنت طالق أربعًا إلا اثنتين ، فعلى مذهب ابن الحداد تقع اثنتان ، وعلى الوجه الآخر : تقع واحدة وكأنه قال : ثلاثًا إلا اثنتين .

الرابعة : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا إلا نصف طلقة ، وقع الثلاث ؛ لأنه أبقى النصف ، فيكمل . وفيه وجه أن استثناء النصف ، كاستثناء الكلّ ، كما أنّ إيقاع النصف كإيقاع الكُلّ .

* * *

---

(١) صحح هذا الوجه هنا ، وفي الروضة (٨ / ٩٣) أنه الأصح أيضًا ، وكذلك في الغاية القصوى (٢ / ٧٩٨) . ورجح في الوجيز (٢ / ٦٢) أنه تقع ثنتان .

الفَصْلُ الثَّاني
في التَّعْليقِ بالمشِيئَة

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : أنتِ طالق إن شاء الله . (١ أو أنتَ حرٌّ إن شاء الله ١) : لم يقع الطلاقُ والعتق ؛ لأن مشيئة الله غيبٌ لا يُدْرى ، فصار الوصف المعلَّق به مجهولًا ، وقال مالك (رحمه الله) : لا يقع الطلاق ويقع العتق [٢] .

ونصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) أنه لو قال : أنتِ عليَّ كظهر أُمّي إن شاء الله ، أنه يكون مظاهرًا [٣] . فمن الأصحاب من طرد هذا في الطلاق وسائرِ العقود ، ومنهم من فرَّق بأن الظهارَ إخبارٌ ، وتعليقُ الإخبار بالمشيئة لا يصح ، وكذلك لو قال : لفلانٍ عليَّ عشرةٌ إن شاء الله ، تلزمه العشرة ، والإنشاءُ يحتمل التعليق . ومنهم مَنْ سوّى بين العقود والإقرار ، وجوَّزَ الاستثناءَ بالمشيئة في الجميع ، وعليه التفريعُ .

الثانية : إذا قال : يا طالقُ إن شاء الله ، الظاهر أنه يقع ؛ لأن الاستثناء عن الاسم لا ينتظم ، إنما ينتظم الإنشاء ، وفيه نظر ؛ لأن هذا الاسم معناه الإنشاء ، فلذلك قال بعضهم : إنه لا يقع شيء .

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال لزوجته : أنت طالق إن شاء الله لا يقع طلاقه . وهو مذهب الحنفية أيضًا . انظر : الأم (٥/١٨٧) . مختصر المزني ص (١٩٤) . الوجيز (٢/٦٢) . مغني المحتاج (٣/٣٠٢) . الهداية (١ / ٢٧٦) . الاختيار (٣ / ١٤٢) . تبيين الحقائق (٢ / ٢٤١) . اللباب شرح الكتاب (٣ / ٥٣) .

ومذهب المالكية : أن الطلاق يقع وإن استثنى ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . انظر : الكافي ص (٢٦٨) . بداية المجتهد (٢/٩٢) . القوانين الفقهية ص (٢٣٦) . زاد المستقنع ص (١٠٩) . دليل الطالب ص (٢٢٤) . الروض المربع ص (٤٣٠) . منار السبيل (٢ / ٢٥١) .

(٣) هذا ما أثبته الإمام الغزالي عن نصّ الشافعي (رحمه الله) . والذي وجدته في « الأم » عكس ذلك ، إذ قال : « إذا قال لامرأة له : أنت عليَّ كظهر أمي إن شاء الله ، فليس بظهار » . وقد يكون للشافعي قول آخر أنه ظهار ، والغيبُ عند الله تعالى . انظر الأم (٥ / ٢٧٦) ، (٥ / ٢٨٠) .

أما إذا قال : يا طالق ، أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله ، انصرف الاستثناء إلى الثلاث ، ووقعت واحدة بقوله : يا طالق .

الثالثة : لو قال : أنت طالق ثلاثًا ، يا طالق إن شاء الله . قال الأصحاب : لا يقع شيء ؛ لأن قوله : يا طالق ، لا يعمل الاستثناءُ فيه ؛ تفريعًا على الظاهر ، ويرجع الاستثناء إلى الثلاث ، وتخلُّلُ قولِه : « يا طالق » لا يدفع الاستثناء ؛ لأنه من جنس الكلام ، وهو كقوله : أنت طالق ثلاثًا يا حفصة / إن شاء الله . ١٩٥/ب

الرابعة : إذا قال : أنت طالق إن لم يشأ الله ، أو إلا أن يشاء الله ، فموجبُ اللفظين واحدٌ ، ومعناه التعليق بعدم المشيئة . وكما لا تُعْرف المشيئةُ ، لا يعرف عَدَمُها ، فقياسُ ذلك أنْ لا يقع الطلاق [1] ، ونصّ عليه الشافعي (رضي الله عنه) ، بل هاهنا أولى ؛ لأنه علّق على محال ؛ إذ يستحيل أن يقع الطلاق بخلاف مشيئة الله ، فهو كما لو قال : أنت طالق إن صعدتِ السماء ، وقال صاحب « التلخيص » : يحتمل أن يقال : يقع ، بخلاف التعليق بالصّعود ؛ لأن الصعود ([2]ممكن في نفسه [2]) والطلاق بخلاف المشيئة محالٌ ، فكأنه قال : أنت طالق طلاقًا لايقع ، وحَكَى عن القاضي أنه اختار وقوع الطلاق هاهنا وهو بعيد ؛ لأنه إن قال :أنت طالق طلاقًا إن اجتمع السواد والبياض : لم يقع ؛ لأنه تعليق بمحال ، فكذلك قوله : إن خالف طلاقُكِ مشيئةَ الله ، فإنه أيضًا محال ، ونعم ، يحتمل [له] [3] مأخذ آخر ، وهو أنه لو قال : إنت طالق إن لم يدخل زيدٌ الدارَ ، فدخل ، لم يقع ، فإن مات زيد قبل الدخول ، تبينَّ وقوعُه وقت الطلاق [4] . فإن مات وأشكل الدخول ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يقع ؛ لأن الأصل عدم الوقوع .

والثاني : أنه يقع لأنه نَجَّزَ الطلاق ، واستثناه [5] ، ولم يثبت الاستثناء . وهذا الوجه أظهر في

---

(١) وهو الصحيح باتفاق جمهور الشافعية في قوله : أنت طالق إن لم يشأ الله ، وهو الأصح في قوله : أنت طالق إلا أن يشاء الله . انظر الروضة (٨ / ٩٨) .

(٢) في (أ) : « في نفسه ممكن » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (ب) : « التعليق » .

(٥) في (أ) : « واستثنى » .

قوله : أنت طالق إلا أن يدخل زيدٌ الدار ، فإن هذه صيغة الاستثناء . والصحيح أنه لا فرق بين الصيغتين ، فعلى هذا لا يبعد أن يُقال : مشيئةُ الله مستثنيةٌ (١) فيقع الطلاق لذلك . (٢ فهذا وجهه المتكلف ٢) . والصحيح أنه لا يقع ؛ إذ لو وقع ، لكان الله قد شاء وقوعَه ، وهو إنما علقَ الطلاق بعدم المشيئة إلا أنه إذا لم يقع ، تبين أن الله لم يشأ ، فقد تحقق الوصف الذي علق عليه ، فينبغي أن يقع ، ثم بالوقوع ينتفي الوصف ، فالشرط والجزاء هاهنا متضادان لا يجتمعان ، (٣ ومنشأ بُدُوّ النظر ٣) أن التعليق على هذا الوجه ، هل يصح ؟ وليس كما [إذا] (٤) علق باجتماع السواد والبياض ؛ لأن التضاد بين السواد والبياض لا بين الاجتماع والطلاق ، فلا تضاد بين الجزاء والشرط . ويُسْتمد هذا من مسألة «الدَّوْر» فإن قوله لغير المدخول بها : إن طلقتك فأنت طالق قبله ، فيه تضادّ بين الشرط والجزاء ، فألغاه أبو زيد (٥) لذلك ، واعتبره ابن الحداد ، وهذه المسألة تلتفت إليه .

فإن قيل : إذا قال : أنت طالق إن شاء الله ، ما معنى التردد في مشيئته ، ومشيئتُه قديمةٌ ، لا يتردد فيها ، فإن أريد تعلقها ، فلا يخلو إما أن يراد تعلقها بلفظ الطلاق ، أو بحكمة ، فإن أُريد باللفظ ، فقد شاء اللفظَ ؛ لأنه قد جرى (٦) . وإن أريد الحكم ، فالحكم قديمٌ ، والإرادةُ لا تتعلق بالقديم ؛ لأن الحكم كلام [الله تعالى] (٧) ؟ .

فنقول : معناه مشيئةُ حكم الطلاق ، والمشيئة قديمة ، ولكن المراد أن يحدث لها – عند الحدوث – تعلقٌ بالإرادة القديمة ، وإن كان لها قبل الحدوث نوعُ تعلقٍ على وجه آخر ، وذلك التعلق المتجدد مشكوكٌ فيه . وأما قوله : الحكم قديم فلا يراد ، فهو كذلك ، ولكنْ مصيرُ المرأةِ محرمةً ، وصفٌ حادث يَسْتدعي تعلقا جديدًا للكلام القديم به ، فللخطاب القديم تعلقاتٌ متجددة كما للإرادة ، والأحكامُ تُبْنى على التعليقات المتجددة ، لا على الأصل القديم .

* * *

---

(١) في (أ) : « مستبهمة » .

(٢) في (ب) : « فهذا وجه متكلِّف » .

(٣) في (أ) : « ومنشأ النظر » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٦) قوله : « لأنه قد جرى » ساقط من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

الباب السادس
في الشّكّ في الطلاق وفي محلّه

أما الشكُّ في الطلاق فصورتُه أن يتردد في أنه [هل] [1] طلَّقَ أم لا ؟ فالأصلُ أنْ لا طلاقَ ، فنأخذ بالاستصحاب ، كما إذا تيقَّن الطهارة وشَكَّ في الحدث ؛ لأنه لا مجال للاجتهاد في الطلاق والحَدَث ، والاستصحابُ [2] يكفي ، وليس ذلك كطلاقٍ يختلف فيه الفقهاءُ ، فإنه لا يجعل مشكوكًا ، بل يجب الاعتماد على ما يقتضيه الاجتهاد ، وكذلك إذا طار طائرٌ فقال : إن كان هذا غرابًا ، فامرأتي طالق ، وشكَّ : لم يقع الطلاق ، إلا إذا تبيَّن أنه غراب ، فلو قال آخر : وإن لم يكن غرابًا ، فامرأتي طالق ، لم يقع طلاقُه أيضًا ؛ لأنه لو تفرّد [3] به ، لم يقع ، فتقدُّمُ غيرِه [4] لا يُفَسِّر حكمه [4] .

أما إذا كان له زوجتان ، فقال : « إن كان [هذا] [5] غرابًا ، فعمرةُ طالقٌ ، وإن لم يكن ، فزينبُ طالق : حرمت واحدة ، وعليه أن يجتنبهما ؛ لأنه اتحد الشخصُ ، فيحصل اليقينُ في حقِّه .

فرع : لو جرى ذلك في عبدين من رجلين ، فلكلٍّ واحدٍ أن يتصرّف في عبده . فلو اشترى / ١٩٦/أ أحدُهما العبدَ الآخرَ حتى اجتمعا في ملكه ، حُجِرَ عليه فيهما إلى أن يتبيَّن . وفيه وجه : أنه يختص الحجْرُ بالمشتري ؛ لأن الأول كان يتصرف فيه فلا ينقلب حكمه بشراء الآخر ، والصحيح هو الأول .

ولو باع الأول ، ثم اشترى الثاني ، فيحتمل أن يقال له : التصرفُ في الثاني ؛ لأن تيك واقعةٌ قد انقضتْ ، فهو كما لو صلّى [6] صلاة إلى جهة [6] ، ثم تغيَّرَ اجتهاده إلى جهة أخرى ، صلّى لجهة [7] أخرى ولم يَقْضِ الأولى ، ويُحْتمل خلافهُ ؛ لأن الاستصحاب ضعيف بالإضافة إلى

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « فالاستصحاب » .

(٣) في (أ) : « انفرد » .

(٤) في (أ) : « لا يُغَيِّر حكمَه » ، وهو أليق .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « صلاة بجهة » .

(٧) في (ب) : « بجهة » .

الاجتهاد .

وأما إذا شكّ في مَحلّ الطلاق - كما إذا طلقّ واحدةً منهما ، ثم نَسِيَ - فعليه التوقفُ إلى التذكر .

ولو قال لزوجتِه وأجنبيةٍ : إحداكما طالقٌ ، ثم قال : أردت الأجنبيةَ ، فهل يُقبل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنها ليست محلًّا لطلاقه .

والثاني : نعم وهو الأظهر ؛ لأن اللفظ مُبْهَمٌ ، فعلى هذا يراجع حتى يُعَيِّنٌ .

ولو قال لزوجتين : إحداكما طالق ، طُولبَ بالتعيين ، فإن كان قد نوى واحدةً معينةً ، طُولِبَ بالكشف . والصحيحُ : أن عدتها من وقت الإبهام [1] . وإن لم يَنْوِ ، طُولب بتعيينِ واحدةٍ للوقوع . فإذا عينّ ، فيقع الطلاق بالتعيين ، أو يُتَبَيَّنُ وقوعُه بالإبهام ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يقع بالإبهام ، والتعيينُ كالبيانِ له والتنصيصِ على محله ، فتحسب العدة من ذلك الوقت على الصحيح ، كما إذا نوى .

الثاني : أنه يقع بالتعيين ؛ لأنه لو وقع قبله ، لوقع على غير محلّ ، فإنه بَيّنَ المحلَّ الآن ، ولكن لما أوقع [2] من غير بيان مَحلّ ، ألزمناه ببيان المحل .

ثم في التعيين نظرٌ في حالة الحياة ، وبعد الموت .

النظر الأول في الحياة . وفيه مسائل :

الأولى : أنه يلزمه التعيين ويُطَالب به ، ويجب على الفور ، كما لو أسلم على عشر نسوة ، ويعصى بالتأخير . ولو أبهم طلقة رجعية ، ففي وجوب التعيين في الحال وجهان ؛ لأن التحريم قد حصل ، ولكن النكاح لم ينقطع .

---

(١) يعني من حين قال : إحداكما طالق .

(٢) في (أ) : « وقع » .

الثانية : أنه يلزمه نفقتهما قبل التعيين وإن طالت المدة ، وكذلك إن نوى واحدة ولكن لم يُبَيِّن ، وكذلك في مسألة الغراب إلى أن يتبينّ ؛ لأن حَجْرَ النكاح مطرد ، فلابد من النفقة .

الثالثة : إذا وطئ إحداهما . فإن قلنا : إن الطلاق يقع بالتعيين ، لم يكن ذلك تعيينًا . وإن قلنا : إنه كالبيان ، فلا يبعد أن يُجْعل ذلك بيانًا للمنكوحة ، وكذلك الخلاف إذا وطئ إحدى أَمَتَيْه ، وقد أبهم العتقَ بينهما . وحيث جعلنا الوطءَ تعيينًا ، فلا مهر لها . وإن لم نجعله تعيينًا ، فعيَّن الأخرى للنكاح ، ففي وجوب المهر وجهان يَبتنيان على وقت وقوع الطلاق .

الرابعة : إذا ماتتا - أو إحداهما - لم تسقط المطالبة بالتعيين ؛ لأجل الميراث ، وهذا يؤيد قولَنا : إن الطلاق يقع بالإبهام . وعلى الوجه الآخر اختلفوا ، منهم من قال : هاهنا - للضرورة - يُحمل التعيين على البيان ، لا على الإيقاع . ومنهم من قال : نتبينّ وقوعَ الطلاق على المعينة قبيل [(١)] موتها ؛ وهذا كما نقول في المبيع إذا تلف ، فإنا نتبينَّ الانفساخ قبيل التلفِ ؛ للضرورة .

الخامسة : في صيغ التعيين . وفيه صورتان :

إحداهما : أن يقول : نَوَيْتُهما جميعًا ، فلا يقع عليهما ؛ لأن اللفظ لا يحتمله ، ولكنه إقرار لهما بالطلاق ، فلكلٍّ واحدةٍ مؤاخذتُه بذلك . ولو قال : أردت هذه ثم هذه ، قال القاضي : تطلق الأولى دون الثانية ؛ لأن لفظه لا يحتمل الجمع ، وقال الإمام : الوجه أن يكون إقرارًا للثانية أيضًا ، ويُلْغى قولُه : « ثم » كما إذا قال : هذه الدارُ لزيدٍ ثم لعمرو ، فإنّ لعمرو مؤاخذتَه .

ولو قال : أردت هذه بعد هذه ، فعند القاضي : يقع على الثانية ؛ لأنها مقدَّمة في المعنى ، وإن تأخرت في الذِّكْر ، وعلى مذهب الإمام : يُؤاخذ بهما .

الصورة الثانية : أن يُبْهِم طلاقًا بين ثلاث نسوة ، ثم يُجْلِس اثنتين في جانب ، [(٢)] والثالثة في جانب [(٢)] ، ثم قال : أردت هذه - ووقف قليلًا - ثم قال : أو هذه ، فنقول : لم يرفع الإبهام . فلو عين الثالثة : تعينت الأخيرتان للنكاح [(٣)] . ولو عين إحداهما شاركتها صاحبتها ؛ لأنه جمعها

---

(١) في (أ) : « قبل » .

(٢) ساقطة من (أ) .

(٣) في (أ) : « تعين الأخريان للنكاح » .

إليه في الإقرار بقوله : (١ هذه أو هذه ١) ، وإنما تعينّ للشركة صاحبتها لوقفته في الصيغة . فلو قال - على السَّرْد - : هذه أو هذه وهذه ، احتمل أن تكون الثالثةُ شريكةَ الأولى وشريكة الثانية ، فَيُرْجَع إليه ويُقْبل - في ذلك - قولُه (٢) .

هذا كله إذا كان قد نوى ، أما إذا أبهم الطلاق من غير نية ، فطالبناه فقال : عينتُ هذه أو هذه ، فيلغو قوله . فلو قال : عينت هذه وهذه ، تعينت الأولى ولغا قوله في الثانية ؛ لأنه ليس إقرارًا حتى يؤاخذ به ، بل هو إنشاء ، ولا يستقل بنفسه إنشاء إذا لم يسبق لفظ صالح للجميع

المسألة السادسة : في النزاع . ولها ثلاث صور :

إحداها : لو كان قد نوى ، فادّعتْ واحدةٌ أنه أرادها ، وأنكر ، فالقول قولُه ، فإن نكل حُلفت ، وتعينت للطلاق بيمينها ، وتعينت الأخرى بإقرار الزوج لها حيث أنكر الثانية (٣) .

الصورة الثانية : أن يكون قد طلّق واحدة معينة منهما ، لكنه نسي ، فقالت واحدة : طلقْتَنى (٤) ، فلا يُقْبل قول الزوج : نسيتُ ، بل عليه أن يحلف على البتّ أنه ما طلّقها ، فإن نكل حلفت على البتِّ ، وحُكِم لها ، ولو قبلنا يمينَ الرجل على نفي العلم ، والنسيان ، لَلَزِمَ في الاستقراض وسائر الدعاوى .

الصورة الثالثة : في مسألة الغراب . إذا قالت واحدة : إنه كان غرابا ، فأنا طالقٌ ، فأنكر الزوج ، فعليه أن يحلف على البتّ أنه لم يكن غرابًا ، أو ينكل حتى تحلف على البَتّ [أنه كان غرابا] (٥) .

---

(١) في (أ) : « وهذه وهذه »

(٢) في (ب) : « ويقبل قوله » بدون « في ذلك » .

(٣) كلمة « الثانية » ساقطة من (ب) .

(٤) في (أ) : « طَلَّقَني » والمثبت من (ب) .

(٥) ساقطة (ب) .

ولو علق دخولها أو دخول غيرها ، فتنازعا ، اكتفى منه بيمينٍ على نفي العلم بالدخول ، هكذا قاله إمامي [1] ، وليس يتبين لي فرقٌ بينهما أصلًا ، بل ينبغي أن يقال : عليه يمينٌ جازمة ، أو نكوَلٌ في المسألتين جميعًا .

* * *

(١) وهو إمام الحرمين أبو المعالي الجويني (رحمه الله تعالى) .

النظر الثاني :فيما بعد الموت

(١ وفيه ثلاث مسائل ١) :

إحداها : إذا ماتتا جميعًا ، فعليه التعيينُ ، فإن كان قد نوى بقلبه فبيّن ، فللوارثِ تحليفُه ؛ لأجل الميراث . وإن لم يكن قد نوى ، فعينَّ ، لم يكن لهم التحليف ؛ لأنه إنشاء مَنُوطٌ باختياره . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : ينحسم التعيين بالموت ، وللزوج نصفُ حقِّه (٢) من ميراث كل واحدة .

الثانية : أن يموت الزوجُ أيضًا ، فهل للوارثِ التعيينُ ؟ نظر : فإن كانتا في الحياة ، فيوقف ميراثُ كل واحدة بينهما حتى يصطلحا ، وليس لوارث الزوجِ التعيينُ (٣) .

وإن ماتت إحداهما ، ثم مات الزوج ، ثم ماتت الأخرى ، فإن عين الوارثُ الأولى للطلاق ، فهو مُقِرٌّ على نفسه ؛ إذ حرم مورثه عن الميراث ، فَيُقْبل . وإن عينّ الأخيرة – ليحرمها عن ميراث مورثه ، وليجوز ميراثَ الأولى – فهذا محلُّ غرضه ، ففي تعيينه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يقبل ؛ لأنه خليفة المورث في خيار الشفعةِ وغيره ، فكذلك في هذه .

والثاني : أنه لا أثر له ؛ لأن حقوق النكاح لا تورث .

والثالث : أنه إن قال : إن الزوج قد نوى هذه ، فله ذلك ، فلعلّه سمعه أو فهمه (٤) بقرينة . وإن قال : لم يَنْوِ ، ولكنه أراد إنشاء التعيين ، لم يجز ؛ لأن هذا إلى الزوج ، (٥ وكذا الخلاف في تعيين الوارث إذا أبهم العتق بين عبدين ومات ؛ لأن للوارث غرضا فيه ٥) . والعراقيون أرسلوا ذِكْرَ قولين في أن الوارث ، هل يُعَيِّنُ حيث يُعَين الزوجُ لو كان حيًّا ؟ ولم يفرقوا بين أن يكون له غرضٌ ، أو لا غرضَ له . وهذا التفصيلُ ذكَره القفالُ ، وهو أحسنُ .

---

(١) في (ب) : « وفيه مسائل » .

(٢) في (أ) : « حصته » .

(٣) في (أ) : « تعيين » والمثبت من (ب) .

(٤) في (ب) : « فهم » .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

الثالثة : إذا قال : « إن كان هذا غرابًا ، فزوجتي طالق . وإن لم يكن غرابا [١] ، فعبدي حُرّ » فَيُحْجَر عليه فيهما جميعًا ؛ لأن المالك [٢] متَّحد ، وإن كان الجنس مختلفًا . فإن مات قبل التعيين ، فهل للوارثِ التعيينُ ؟ فيه طريقان :

أحدهما : طرد القولين .

والثاني : القطع بأنه لا يعيّنٌ [٣] ؛ لأن للقرعة مدخلًا في العتق ، فهو أولى من التعيين وإن لم يكن لها مدخل في الطلاق .

وإذا وقع الإبهام في محض الإرقاق ، فلا خلاف في أن المحكم للقرعة [٤] . فعلى هذا ، لو أقرعنا ، فخرج على الرقيق : عَتَقَ ، وتعيَّنَت المرأةُ للنكاح ، وورثت [٥] . وإن خرج على المرأة ، لم تطلق ؛ لأن القرعة لا تؤثر في الطلاق . ولكنَ هل يتعيّن الرقيقُ للرقّ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن القرعة إن قَصرت عن حكم الطلاق ، فتستعمل في الرقّ والعتق .

والثاني : لا [٦] ؛ لأن تعيينه للرقّ فرعُ تعيينِ المرأةِ للطلاق بالقرعة ، فإذا لم تعمل القرعة في محلّها ، كيف تعمل فيما يثبت ضمنًا له ؟ فعل هذا يبقى الإبهام ؛ إذ كُنّا نتوقع بالقرعة بيانًا فلم يحصل .

* * *

(١) كلمة « غرابًا » ليست في (ب) .

(٢) في (أ) : « الملك » .

(٣) والمذهب أن الوارث لا يقوم مقامه في التعيين . انظر الروضة (٨ / ١١٢) .

(٤) في (أ) : « القرعة » .

(٥) في (أ) : « ورثته » .

(٦) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ١١٣) .

الشطْرُ الثّاني من الكِتَاب
في التعليقات

والنظر فيه في فصول مُطولة ، وفي فروع متعددة موجزة ، فلنقدم الفصول ، وهي ستةٌ :

الفَصْلُ الأول
في التعليق بالأوقات

وهي أربعة :

النوع الأول : في التعليق بمجيء وقتٍ مُنتظَر . وصيغة التعليق « إنْ » وفي معناه « إذا » ، فلا فرقَ بين أن يقول : إن طلعت الشمسُ ، أو إذا طلعت الشمس ، أو إن دخلتِ الدار ، أو إذا دخلت / الدار ، فالكلُّ تعليق . وقال مالك (رحمه الله) : إذا علّق بما يُسْتيقن وقوعُه – كطلوع الشمس – وقع في الحال [1] . وهو ضعيف .

١٩٧/أ

فنقول : لو قال : أنت طالق في أول شهر رمضان : طلقت ، كما أهلَّ الهلال مقرونًا بأول جزء منه . ولا نقول : إنّ « في » للظرف فيقضي وقتا محتوشًا بوقتين [٢] من شهر رمضان [٢] ، بل لا يشعر إلا بالانطباق عليه . ولو قال : أنت طالق [٣] في شهر رمضان ، فكمثلٍ . ولو قال : أنت طالق في يوم السبت ، طلقت مع طلوع الفجر . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يقع في آخر النهار وآخر الشهر [٤] ؛ التفاتًا إلى أن الوجوب المعلّق ....

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا علق الطلاق بوقت مُستيقنٌ مجيئه ، أو بصفة يتيقن وجودها ، لم يقع الطلاق في الحال ، ويقع إذا جاء أول الوقت أو وقعت الصفة . وهو مذهب الحنفية والحنابلة أيضًا . انظر : الروضة (٨/١١٦) . المبسوط (٦/١١٤، ١١٦) . المقنع ص (٢٣٦) . دليل الطالب ص (٢٢٣) .

ومذهب المالكية : أنه يقع في الحال ولا ينتظر مجيء الوقت . انظر : الكافي ص (٢٢٦) . القوانين الفقهية لابن جزي ص (٢٣٦) . الشرح الصغير (٢ / ٥٧٦) وما بعدها .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من رمضان » .

(٣) كلمة « طالق » ساقطة من (ب) .

(٤) في نسبة هذا إلى الإمام أبي حنيفة (رحمه الله) نظرٌ ، فقد صرحت كتب الحنفية بما يوافق مذهب الشافعية في هذه المسألة ، ففي الهداية مع فتح القدير (٤ / ٢٦) ما نصه : « ولو قال : أنت طالق غدا ، وقع عليها الطلاق بطلوع =

............(١ بوقت الموسع ١) يستقر في آخره (٢) .

ولو قال : أنت طالق في آخر شهر رمضان ، طلقت في آخر جزء منه . وفيه وجه آخر : أنها تطلق في أول جزء من ليلة السادس عشر ؛ لأن النصف الأخير كلّه آخر الشهر . ولو قال : أنت طالق في أول آخر الشهر ، طلقت في أول (٣ يوم الأخير على وجه ٣) ، وفي أول (٤ نصف الأخير ٤) على وجه . ولو قال : في آخر أول هذا الشهر ، ففيه ثلاثة (٥) أوجه :

أحدها : أنه آخر النصف الأول .

والثاني : أنه آخر الليلة الأولى .

والثالث : أنه آخر يوم (٦) الأول .

ولو قال : في سلخ الشهر فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه آخر جزء من الشهر ؛ إذ به الانسلاخ (٧) .

والثاني : أنه أول اليوم الأخير .

والثالث : أنه أول جزء من الشهر ؛ لأنه منه يأخذ في الانسلاخ ، وهذا ركيك .

= الفجر ؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك بوقوعه في أول جزء منه . ولو نوى به آخر النهار ، صُدِّق ديانةً لا قضاءً؛ لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله ، لكنه مخالف للظاهر » ا . هـ . وانظر اللباب شرح الكتاب (٣ / ٥٠) .

(١) في (أ) : « بوقت موسّع » . وفي (ب) : « بالوقت الموسّع » .

(٢) في (ب) : « بآخره » .

(٣) في (ب) : « اليوم الأخير على وجه » . وهذا الوجه قولُ جمهور الشافعية كما في الروضة (٨ / ١١٧) .

(٤) في (ب) : « النصف الأخير » .

(٥) في (أ) : « فثلاثة » .

(٦) في (ب) : « اليوم » . وجمهور الشافعية على هذا الوجه أن الطلاق يقع عند غروب الشمس في اليوم الأول . انظر الروضة (٨ / ١١٧) .

(٧) وهذا الوجه رجحه الغزالي في الوجيز (٢ / ٦٤) . والبيضاوي في الغاية (٢ / ٨٠٤) . وانظر الروضة (٨ / ١١٨) .

ولو قال : عند انسلاخ الشهر ، لم يتَّجه إلّا في آخر جزء من الشهر .

النوع الثاني : التعليق بمُضِيِّ الأوقات . فلو قال : إذا مَضَى يومٌ ، فأنت طالق – وهو بالليل – فيقع مع الغروب من الغد . وإن كان بالنهار (١) ، فإلى أن يعود النهار إلى مثل وقته . ولو قال : إذا مضت السنة ، فتطلق مع استهلال المحرّم ، وإن لم يكن قد بقي إلا يوم . ولو قال : إذا مضت سنةٌ ، فلابُدَّ من اثني عَشْرَ شهرًا من وقت اليمين ، ويكفي الأشهر العربية ، لكن الشهر الذي هو فيه إذا كان في وسطه ، يُكَمَّل ثلاثين من آخر السنة . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : إذا انكسر شهرٌ ، انكسر جميع الشهور ؛ لأنه لابُدَّ من التوالي .

النوع الثالث : التعليق بالزمان الماضي . فإذا قال : أنت طالق بالأمس ، وقال (٢) : قصدتُ الآن إيقاعَ الطلاق بالأمس . قلنا : هذا محالٌ ؛ لأن حكم اللفظِ (٣) لا يتقدَّم على اللفظ ، وهل يقع في الحال ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن حُكْمَ لفظِه لو تحقَّق شملَ الوقتَ الحاضرَ ، فينفذ في القدر الممكن (٤) .

والثاني : – وهو الأقيس – أن هذا لَغْوٌ من الكلام ، فلا يقع به شيءٌ .

ولو قال : أوقعت الآن طلقةً ينتشر حُكْمُها إلى الأمس ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يقع ويُلْغى قولُه : ينتشر إلى الأمس ؛ لأنه محال .

والثاني : – وهو اختيار الرّبيع – أنه لا يقع ؛ لأنه أوقع ما يتصف بهذه الصفة ، وما وصفه به فهو محال ، فلا يقع شيء .

وترجع حقيقة الخلاف إلى أنه إذا وُصف الطلاق بوصفٍ جُعِلَ محالًا ، يلغى أصل الطلاق ، أو الوصف ؟ واستدل الربيعُ بقوله : أنت طالق إن أَحْيَيْتِ ميتًا ، أو صعدتِ السماء ، فإنه لا يقع ، فاختلف الأصحاب فيه على ثلاثة أوجه :

---

(١) في (أ) : « وإن كان في أول النهار » .

(٢) في (أ) : « وقد قال » .

(٣) في (أ) : « الطلاق » .

(٤) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر الروضة (٨ / ١٢٠) ومغني المحتاج (٣ / ٣١٤) .

منهم من وافقه .

ومنهم من قال : يقع أيضًا في مسألة الصعود والإحياء ، وهو كقوله : أنت طالق طلاقا لا يقع [عليك] [1] .

ومنهم من فرق بين [2] الإحياء والصعود [2] ، وقال : الإحياءُ مُحَالٌ من المخلوق ، فهو كقوله : طلاقا لا يقع [عليك] [3] ، وأما الصعود فممكنٌ في نفسه .

والصحيح أن هذه التعليقات صحيحة ، والمقصودُ الإبعادُ ، كقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ ﴾ [4] . [5] وأما قولُه : طلاقا لا يقع ، فهو مُتناقض في ذاته . وقوله : طلاقا ينعكس حكمُه على ما مضى ، ليس بمتناقض [5] ، لكنه مخالفٌ حكمَ الشرع ، فينقدح فيه التردد ، ولا بأس بما ذكره الربيعُ فيه .

ولو قال : « إذا مات فلانٌ ، فأنت طالق قبله بشهر » : صَحَّ ، فإن مات قبل مضي الشهر لم يقع الطلاق ؛ لأنه يؤدي إلى التقديم [6] على اللفظ . ولو مات بعد شهرٍ ، تبيّنًا وقوعَ الطلاق قبله بشهر . وكذلك لو قال : « قبل قدوم زيد » و « قبل دخول الدار بشهر » . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : « يستند الطلاقُ في الموت ، دونَ القدوم والدخولِ » وهو تحكُّمٌ .

ولو قال : [7] أنت طالق أمسِ غدًا ، أو غدًا أمسِ [7] وقع في الحال / لأن اليوم هو أمس غدا [8] ، [9] وغدا أمس [9] ، ولو قال : أنت طالق في السنة الماضية – ولم يبيِّن – فالظاهرُ الحكمُ بالطلاق ؛ لأن ظاهره الإقرار [بوقوع الطلاق] [10] . ولو قال : « أردتُ أن زوجًا آخر طَلَّقَكِ ، أو طلقتُكِ أنا في نكاح آخر ، ثم جدَّدت . فإن أقام بيِّنةً ، قُبل ، وإلا حُكِم بالطلاق في الوقت . ولو قال : « أردت طلقة رجعيةً » فيقبل ؛ لأنه تقرير للطلاق [11] في هذا النكاح .

١٩٧/ب

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « الصعود والإحياء » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) من الآية (٤٠) من سورة (الأعراف) .

(٥) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

(٦) في (ب) : « التقدم » .

(٧) في (أ) : « أنت طالق أمس غد ، أو غد أمس » .

(٨) في (أ) : « غد » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « وغد أمس » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) في (ب) : « طلاق » .

النوع الرابع : التعليق بتكرير [1] الأوقات . وفيه مسألتان :

إحداهما : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا ، في كل سنة طلقة : طلقت [طلقة] [2] واحدة في الحال ، وواحدة في أول محرمِ السنةِ الثانية إن أراد السنين العربية ، والثالثة في أول محرم السنة الثالثة إن بقيت العدة . وإن لم يُرِدِ السنة العربية فلا تقع الثانية ما لم تنقضِ سنةٌ كاملة من الأولى . وإن أطلق ، فوجهان على حسب الاحتمالين .

فلو أبانها ، ثم جدد النكاح في وسط السنة الثانية وقلنا بعَوْد الحنث : طلقت كما نكحها وإن كان أول السنة قد فات ؛ لأن جميع السنة وقتٌ ، وإنما عجلنا في أول السنة عند دوام النكاح لمصادفة الوقت .

الثانية : لو قال : أنت طالق ثلاثًا ، في كل يوم طلقةٌ [3] طلقت طلقة في الحال [3] ، ووقعت الثانيةُ صبيحةَ اليوم الثاني . فلو قال : أردت أن يَتَخَلَّلَ بين كل طلاقين يومٌ كامل ، فَيُدَيَّن [باطنا] [4] وهل يُقْبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان ، وهذا يخالف السَّنَةَ ؛ لأن اليوم ، مقدَّر محصورٌ ، لا يوجب الحساب تداخله كما يوجب تداخل السنين [5] .

* * *

---

(١) في (أ) : « بتكرر الأوقات» .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « طلقت في الحال طلقة » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) سقطت المسألة الثانية بكاملها من (ب) .

الفَصْلُ الثّاني
في التَّعْلِيقِ بالتطّليق ونَفْيِه

وفيه [1] ثلاثُ صيغ :

الأولى : أن يقول : إن طلقتك فأنت طالق ، فإذا قال ذلك بعد الدخول [2] ، فمهما طلقها واحدةً ، طَلُقَتْ طلقةً أخرى بالتعليق ، ولا يختص ذلك بالمجلس كقوله : « متى ما » و « مهما » و « إذا » فكل ذلك لا يقتضي فورًا إلا إذا علّق على مشيئتها ، أو بإعطائها مالًا ، فيختص بالمجلس ؛ لاقتضاء القرينة لا للفظ .

وأما قبل الدخول ، فلا تقع الطلقة المعلقة ؛ لأنها بانت بالأولى ، ولذلك نصّ الشافعي (رضي الله عنه) : أنه لو خالعها لم يقع الطلاق المعلق ؛ لأنها بانت بالخلع ، فلا يلحقها طلاقٌ . وقد ظنَّ أكثرُ الأصحاب أن هذا يدل على أن الجزاء يترتب على الشرط ، ويقع بعده ؛ لأنه لو وقع معه لوقع قبل الدخول ، ويكون كما لو قال : أنت طالق طلقتين . ويشهد لهذا أيضًا أنه لو قال لغانم : مهما أعتقتك ، فسالمٌ حُرٌّ ، ثم أعتق غانمًا في المرض - والثلثُ لا يَفي بهما - لم يعتق من سالم شيءٌ ، بخلاف ما لو أعتقَهما جميعًا ، فإنه يُقْرع بينهما . والصحيح ، أن الجزاء مع الشرط ؛ لأن الشرط [3] جُعل عِلَّةً بالوضْع ، فهو كالعلةِ الحقيقية ، والمعلول مع العلة ، وإن كان بينهما ترتيب عقلي في السببية ، بل هو كحركة الخاتم ، فإنه مع حركة اليد وإن كان معلولًا له . وإنما لم يقع قبل الدخول ؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق مع أول حال البينونة . وأولُ حال البينونة يُضَادّ الطلاقَ كما في حال البينونة . وكذلك لو قال لها : أنت طالق طلقة معها طلقة ، لم يقع إلا واحدة ، على أدَقّ الوجهين ، بخلاف ما لو قال : أنت طالق طلقتين ؛ لأن البينونة معلولُ مجموعِ الطلقتين . وقولُه : « طلقتين » كالتفسيرِ لقوله : « طالق » ، وكذا لا يعتق سالم ؛ لأن عِتْقَه معلولُ عِتْقِ غانمٍ ، وربما خرجت القرعة على سالم ؛ فيعتق دون عتق غانم ؛ فيكون المعلول قد ثبت دون العلة ، وذلك محال . وهذا كلامٌ دقيق عقلي ربما يَقْصُر نَظَرُ الفقيه عنه .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وله » .

(٢) قوله : « بعد الدخول » ساقط من (أ) .

(٣) قوله : « لأن الشرط » ساقط من (ب) .

النظر الثاني في هذه المسألة : أن التعليق هل يكون تطليقًا ؟ فإذا قال : إن طلَّقتكِ فأنت طالق ثم قال : « إن دخلتِ الدار فأنت طالق » فدخلَتْ ، وقعتْ طلقةٌ بيمينِ الدخول ، وأخرى بيمينِ التعليق ؛ لأن التعليق مع الصفة تطليقٌ ، نعم ، مجردُ التعليقِ ليس بتطليق ، وكذلك لو تقدم التعليقَ ولم يوجد بعد يمينه إلا مجرد الصفة ، لم يكن تطليقًا إلا إذا قال : إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ، (١ وكأن التعليق بالدخول مقدم على هذا التعليق ١) فإنه إذا وقع بمجرد الصفة ، وقعت طلقة أخرى ؛ لأنه قوع وليس بإيقاع . وعن العراقيين وجهٌ : أن التعليق مع الصفة ليس أيضًا بتطليق . وهو بعيد ، لاسيما فيما إذا علَّق بِفِعْلِ نفسِه وأَتَى بالفعل .

فرعان [٢]

الأول : / إذا قال : إن طلقتُ عمرةَ ، فحفصة طالقٌ ، ثم قال : إن طلقتُ حفصةَ ، فعمرةُ طالق ، ثم بدأ بحفصة فطلَّقها ، طلقت حفصة بالتنجيز طلقة ، وطَلُقت عمرةُ بالتعليق طلقة ، وعادت طلقةٌ إلى حفصةَ من طلاقِ عمرة ؛ لأن تعليق طلاق عمرة تَرَاخَى عن تعليق طلاق حفصة ، فكان تطليقًا لها ، وقد علَّق طلاق حفصة على تعليقها [٣] . ١٩٨/أ

ولو بدأ بعمرة ، فطلقها ، فيرجع [٤] الطلاق على حفصة ، ولم يرجع طلاق إلى عمرة ؛ لأن تعليقَ طلاقِ حفصة ، سَبَقَ تعليقَ طلاق عمرة ، فكان بالنسبة إلى تعليق طلاق عمرة وقوعا محضًا ، لا إيقاعًا . نعم ، لو أبدل [لفظ] [٥] الإيقاع بالوقوع وقع على المطلقة طلقةٌ تنجيزًا ، وطلقةٌ أخرى تعليقًا ، ولم يقع على الأخرى إلا طلقةٌ واحدة ؛ لأنه انحلّ اليمين ؛ لأن حرف « إنْ » و « مهما » لا يقتضي التكرار بخلاف « كُلّما » فينحلّ بوجود الصفة مرة واحدة .

الفرع الثاني : إذا قال – وله نسوة وعبيد – : إذا طلقتُ واحدةً ، فعبدٌ من عبيدي حُرّ ، وإذا (٦ طلقت اثنتين ٦) ، فعبدان حُرَّانِ ، وإذا طلقت ثلاثًا [٧] ، فثلاثة ، وإذا طلقت أربعًا فأربعة ، ثم

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل و (أ) : « فروع » والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تطليقها » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « وقع » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « اثنتان » .

(٧) في الأصل : « ثلاثة » والمثبت فى (أ) .

طلق أربعَ نسوة : عَتَقَ عشرةُ أَعْبُد ؛ لأنه حنث في الأيمان الأربعة ؛ لأن في الأربعة أربعةً ، وثلاثةً ، واثنتين ، وواحدةً ، وذلك عشرة [١] .

ولو أبدل « إذا » بـ « كلما » عَتَقَ خمسةَ عشرَ ، فيعتق بيمين الواحد أربعةٌ ؛ لأن فيها أربعة آحاد ، وبيمين الاثنين أربعةٌ ؛ لأن فيها اثنين مرتين ، وبيمين الثلاثةِ ثلاثةٌ ، وبيمين الأربع أربعةٌ ، وذلك خمسة عشر . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : يعتق ستة عشر ، لأنه حَسَبَ « الثلاثة » مرةً ، فبقي الواحدُ ، فحسَبَه في يمين الواحد مرةً أخرى . وهو خطأ ؛ لأنه قد حُسِبَ مرةً في يمين الآحاد . ومن الأصحاب من قال : يعتق سبعة عشر ، وإنما زاد اثنين [٢] بيمين الاثنين ؛ لأنه زعم أن في الأربعة اثنين ، ثلاث مراتٍ ؛ لأنه حسب الثاني والثالثَ مرةً ، وهذا خطأ ؛ لأنه لو جاز هذا ، لجازَ أن يصير الثلاثة أيضًا مرتين ، فإن الثاني والثالث والرابع ، ثلاثةٌ أخرى سوى الأول والثاني والثالث ، ولا قائل بهذا [٣] .

الصيغة الثانية : التعليق بنفي التطليق . فإذا قال : إن لم أُطلقك فأنت طالق ، لم تطلق في الحال ، وكذلك إذا قال : « إن لم أَضْرِبْكِ ... » فإنه يُتَوَقَّع ذلك في الاستقبال ، ولا يقتضي الفورَ . ولو قال : « إذا لم أطلقك ... » [٤] ومضى زمانٌ يسير ، يَسَعُ التطليقَ ولم يطلق : وقع الطلاقُ ؛ لأن « إذا » ظرف زمان ، ومعناه : أيّ وقتٍ لا [٥] أطلقك فيه ، فأنت طالق .

وقولُه : « متى » و « متى ما » كقوله « إذا » في اقتضاء الفور . ومن الأصحاب [٦] من لم يتضح له الفرقُ ، فجعل المسألتين على قولين . وهذا ضعيف ؛ إذ الفرقُ ظاهرٌ . نعم ، لو قال : أردتُ بـــ « إذا » ما يريده المريد [٧] بقوله : « إنْ » يُدَيَّن ، وهل يُقْبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان .

التفريع : إذا قلنا : لا يقع في صيغة « إنْ » على الفور ، فإنما يقع عند حصول اليأس بخلُوّ العمر عن الضَّرْب والتطليق . ولليأس [٨] ثلاثُ صورٍ :

---

(١) قوله : « وذلك عشرة » ساقط من (أ) .
(٢) في (أ) : الاثنين » .
(٣) في (أ) : « بهذه » .
(٤) يعني : « إذا لم أطلقك فأنت طالق » فحذف الجواب لكونه معلومًا من السياق .
(٥) في (أ) : « لم أطلقك » .
(٦) في (أ) : « وأصحابنا » .
(٧) في (أ) : « ما يريده القائل » .
(٨) في الأصل « واليأس . . . » والمثبت من (أ)، (ب) .

(إحداها) : موتُ أحدِ الزوجين . فإذا مات قبل الطلاق والضَّرْبِ ، تَبيّنّا وقوعَ الطلاق قبيل الموت . وكان يحتمل أن نتبين وقوعَه عند اللفظ ، ولكن اللفظ مطلقٌ يحتمل الأمرين [1] ، وتنزيلُه على إخلاء العمر محتملٌ ، والأصلُ نَفْيُ الطلاق من غير يقينِ ما يُوقِعُه ، وإنما يتحقق عدمُ الضرب بانقضاء العمر ففِيه يقع .

(الصورة الثانية) : طرآنُ الجنونِ على الزوج . وذلك لا يوجب اليأس لأنه ربما يُفيق . فإن اتصل بالموت ، تبيّنّا وقوعَ الطلاق قبيل الجنون ، وإن كان يمكن أن يوقع قبل الموت ؛ إذ به يتحقق اليأسُ ، ولكن قبل الجنون يثبت اليأس إلا بانتظار الإفاقة ، فإذا لم تقع الإفاقةُ ، فالجنونُ كالموتِ في اليأس . وهذا في الطلاق ، أما في الضرب فلا يأسَ ؛ لأن ضَرْبَ المجنون في تحقيق الصفة ونَفْيِها ، كضرب العاقل على الصحيح .

(الصورة الثالثة) : انفساخُ النكاح . وذلك لا يوجب اليأس ؛ لأنه ربما يَنْكحها فيطلقها ، ولا يشترط النكاح الأول لتحقيق الصفة . فإن نكحها وطلقها ، فقد تحققت الصفة . وإن لم يطلقها – وكانت [2] في نكاحه عند الموت ، وقلنا بعود الحنث – وَقَعَ الطلاقُ قبيل الموت . وإن لم نَقُلْ بعود الحنث – أو لم تكن في نكاحه – تبينّا وقوعَ الطلاق قبيل الفسخ . ولْتَفرِضْ في الطلاق الرجعي حتى لا نقع في الدَّوْر ، ونتصور الجمع بينه وبين الفسخ .

الصيغة الثالثة : أن يقول : أنْ طلقتك فأنت طالق ، وأنْ لم أطلقك فأنت طالق ، وقع / في١٩٨/ب الحال ؛ لأنَّ « أنْ » للتعليل ، معناه : أنت طالق لأَنْ لم أُطلقك . ويجوز في اللغة الفصيحة حذف اللام واستعمال « أَنْ » فهو إذًا كقوله : أنت طالق لِرضا فلان ، فإنه يقع في الحال ، ولو سخط . وهذا في حقّ من يَعْرف اللغة . ومن لا يعرف اللغة . فلا فرقَ في حقه بين « إنْ » و « أَنْ » [3] .

* * *

(١) في (أ) : « أمرين » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « وكان » . والمثبت من (أ) .

(٣) وبناءً على ذلك فتكون (إنْ) و (أنْ) في حقه للتعليق .

الفَصْلُ الثَّالِثُ
في التَّعْليقِ بالحَمْلِ والولادَة

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال لها : إن كنتِ حاملًا فأنت طالق . فلا يقع في الحال ؛ لأن الحمل لا يُعْلم بيقين (١) . فلو أَتَتْ بولد لأقلّ من ستة أشهر ، (٢ تبينا الوقوع ٢) عند اليمين ، وإن كان [لأكثر] (٣) من أربع سنين ، تبيَّنَّا أنه لم يقع . وإن كان بين المدتين : فإن كان يطؤها فلا يقع ، وإن امتنع عنها فقولان :

أحدهما : يقع ؛ لأن النسب قد ثبت (٤) ، فيدل على وجود الحمل (٥) .

والثاني : لا ؛ لأن لحوق النسب يكفي فيه الاحتمالُ ، ولا يقع الطلاقُ بالاحتمال .

واختلفوا في أنه هل يحرم الوطءُ قبل تحقق الحال ؟ فقيل : إنه لا يحرم بالشك ، كمسألة « الغراب » (٦) . وقيل : إنه يحرم ؛ لأن استكشافه ممكن على قُرْب ، وعلى هذا يجب الاستبراء بالحيض . ويتفرع عنه (٧) ثلاثةُ فروع :

أحدها : أنه هل يُكتفى في الحرة بقرء واحد ؟ فيه وجهان :

---

(١) وهذا في زمنه (رحمه الله) أما الآن ، فيعلم بيقين ، وعليه فإن كانت حاملًاوقع الطلاق في الحال .

(٢) في (أ) : « تبينا وقوع الطلاق » .

(٣) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) . وفي الأصل : « وإن كان لأربع سنين ... » .

(٤) في (ب) : « يثبت » .

(٥) وهذا أظهر القولين كما في الروضة (٨ / ١٣٨) ومغني المحتاج (٣ / ٣١٩) .

(٦) ومسألة « الغراب » هذه ، هو أن يقول – إذا رأى طائرًا – : « إن كان هذا غرابًا فامرأتي طالق » . والأظهر : أن الوطء لا يحرم في الحال ، وإن كان الامتناع مستحبًا ؛ لأن الأصل عدم الحمل وبقاء النكاح . انظر : الوجيز (٢ / ٦٦) . روضة الطالبين (٨ / ١٣٨) .

(٧) في (أ) : « عليه » .

أحدهما : لا ، كالعدة .

والثاني : نعم ؛ لأن الغرض مجردُ استدلالٍ ، وقد حصل [(١)] .

الثاني : إذا استبرأها ، ثم قال مرة أخرى قبل الوطء : إن كنت حاملًا فأنت طالق ، فالظاهرُ ، أنه لا يجب إعادة الاستبراء ، وقيل : إنه يجب ؛ لأن العدة الماضية ، لا تؤثر ، فكذلك هذا [(٢)] .

الثالث : إذا خاطب بذلك صغيرةً ، وهي في سِنِّ الحيض ، فيستبرئها بشهر أو أشهر ؟ وإن خاطب آيسةً ، فهل يكفي سِنُّ اليأسِ دلالةً ، أو لابُدّ من الاستبراء ؟ فيه وجهان [(٣)] .

المسألة الثانية : إذا قال : إن كنت حائلًا فأنت طالق ، فهذه كتلك المسألة ، ولكن حيث يحكم - ثَمَّ - بالوقوع ، فهاهنا يحكم بخلافه ؛ لأن الشرط هو عدمُ الحمل ، ويزيد هاهنا أن تحريم الوطء هاهنا أقربُ ؛ لأن الأصل الحِيَال [(٤)] . وأيضًا أَثَرُ الاستبراء - ثَمَّ - في نَفْيِ الطلاق ، وهاهنا [(٥)] في الوقوع ، وقد قطعوا بأنه إذا انقضى ثلاثةُ أقراء ، يقع الطلاق . وفيه نظر ؛ لأنه [لا] [(٦)] يفيد يقينَ البراءة ، والشرطُ لابد من استيفائه ؛ فإنه لو علق على الاستيقان ، لم يقع بالاستبراء ، والمطلقُ يقتضي الحملَ على اليقين . وقد مال إليه الشيخ أبو محمد . ثم قال الأصحاب : إذا أوقعنا بعد الأقراء ، فأتت بولد لدون ستة أشهر ، تبينا أنه لم يكن الطلاق واقعًا . ونقضنا ذلك الحكمَ قطعًا . وإن كان وطئها وطئًا يمكن الإحالة عليه ، ففي نقض ذلك الحكم وجهان .

المسألة الثالثة : في صيغ التعليق بالحمل . فإذا قال : إن كنتِ حاملًا بذَكَرٍ ، فأنت طالقٌ طلقةً ، وإن كنتِ حاملًا بأنثى فأنت طالقٌ طلقتين ، فأتت بذكرين : وقعت طلقة واحدة ولم نزد .

---

(١) وهذا هو الأصح أنه يستبرئها بحيضة . انظر الروضة (٨ / ١٣٩) .

(٢) في (أ) : « هاهنا » .

(٣) وأصح الوجهين أنه يكتفى بدلالة اليأس ، كذا في الروضة (٨ / ١٣٩) .

(٤) أي : عدم الحملَ .

(٥) في (أ) : « وهذا » .

(٦) زيادة ضرورية من (أ) ، (ب) .

وإن أتتْ بذكرٍ وأنثى ، وقع الثلاثُ ؛ لأنه حنث في اليمين . وإن قال : إن كان حَمْلُكِ ذكرًا فطلقة ، وإن كان أنثى فطلقتين ، لم يقع شيء أصلًا ، فإن لَفْظَه يقتضي حَصْرَ الجنس . ولو أتتْ بذكرين ؟ قال القاضي : تقع طلقةٌ ؛ لأن التنكير في لفظه لِتنكير الجنس . وقال الشيخ أبو محمد : لا يقع شيء ؛ لأنه لتنكير الواحد ، فلا يُسَمّى ذلك [1] ذكرًا .

المسألة الرابعة : إذا قال : إن ولدتِ ولدًا ، فأنت طالق ، فأتتْ بولدين ، طَلُقت بالأول ، وانقضتْ عِدتُها بالثاني . فإن قال : كلما ولدت ولدًا ، فأنت طالق ، فهل يقع الطلاق [2] بالولد الثاني ، وبه تنقضي العدة ؟ الجديد : أنه لا يقع ، لأنه يصادف أول وقت البينونة ، وللشافعي (رضي الله عنه) نَصٌّ في « الإملاء » [3] : أنه يلحق الثانية . وليس له وجهٌ ، وتكلَّفَ القفالُ توجيهَه . فقال : لو قال للرجعية : « أنت طالق مع انقضاء العدة » فيتجه قولان ، وزعم أنه يحتمل أن يقع مع الانقضاء ، لا في العدة ، ولا في البينونة ، وشَبَّه ذلك بما لو قال : أنت طالق بين الليل والنهار ، فلا يقع ، لا في الليل ، ولا في النهار ، بل يقع في الآنِ الفاصل بينهما ، والطلاقُ من جملة ما يقع دفعةً [في الآن] [4] ولا يقع في زمان . وهذا له وجه في التحقيق ؛ إذ فرق بين « الآن » وبين الزمان الذي ينقسم ، ولكن في مسألة الولادة غيرُ منقدح ؛ لأن مقتضى اللفظ أن يقع مع الولادة ، والولادةُ تقارنها البينونةُ ، والبينونةُ تضادّ الطلاقَ ، فالصحيح هو القول الجديد .

ولو قال إن ولدت ولدًا ، فأنت طالق واحدةً ، وإن ولدتِ / ذكرًا ، فاثنتين ، فولدت غلامًا ، طَلُقت ثلاثًا ؛ لوجود الصفتين . ولو قال : « إن ولدتِ أنثى فواحدة ، وإن ولدتِ ذكرًا فاثنتين » فولدت خنثى ، لم يقع في الحال إلا واحدة ؛ لأنه المستيقن . ١٩٩/أ

فرع : إذا قال – وله أربع نسوة حوامل – : كلما ولدتْ واحدةٌ ، فَصُوَيْحِبَاتُها طوالقُ ، فَوَلَدْنَ [5] على التعاقب والتقارب ، طلقن جميعًا . أما الرابعة فثلاث [6] ؛ إذ ولدتْ قبلها ثلاثُ

---

(١) في (أ) : « هذا » . (٢) في (أ) : « طلاق » .

(٣) وهو كتاب من كتب الشافعي (رحمه الله) . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « فولدت » .

(٦) في (أ) : « فثلاثة » والمقصود أن الرابعة عليها ثلاث طلقات .

نسوة ، وأما الثالثةُ ، فَثِنْتَانِ [١] ؛ إذ وَلَدَ [٢] قبلها اثنتان ، وانقضت عدتها بولادتها قبل ولادة الرابعة . أما الثانية ، فواحدة ؛ إذ طلقت بولادة الأولى ، وانقضت عدتها [٣] بولادتها نفسها [٣] ، فلم يلحقها طلاقٌ بعده . وأما الأولى فثلاثُ طلقاتٍ ؛ لأنها بقيت في العدة حتى وَلَدْنَ جميعُ صواحباتِها بعدها .

* * *

(١) في الأصل : « فثنتين » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « إذ ولدتْ » .

(٣) في (أ) : « بولادة نفسها » .

الفَصْلُ الرّابع
فِي التَّعْلِيق باالحَيْض

وفيه صور :

[إحداها] [١] : فلو قال : إن حضتِ حيضةً فأنت طالق ، فلا تطلق حتى ينقضي حيض تام . ولو قال : إن حضت فأنت طالق ، فإذا انقضى يوم وليلة ، وقع الطلاق - تبيّنًا [٢] - في أول الحيض ؛ إذ به نتحقق أنه ليس بدم فاسد [٣] ، وفيه وجه مشهور ظاهر : أنه يقع في أول الحيض ، ولذلك يحرم الوطء في أول الحيض بناء على الظاهر . ولكن القائل الأول قد يتوقف في التحريم . وهو بعيد . والفرقُ أظهر ؛ إذ الطلاقُ لا يقع إلا بيقين ، والتحريمُ يثبت بالظاهر . ولو قال للحائض : إنْ حضت فأنت طالق ، لم تطلق إلا بحيضة مستأنفة ؛ فإنه للابتداء ؛ إذ لا ابتداءَ في دوام الحيض .

ومهما قالت : حضتُ ، فالقولُ قولها مع يمينها ، بخلاف ما إذا علق على الدخول ، فقالت : دخلت ، فإنها تحتاج إلى البينة ؛ لأن الحيض يَعْسُرُ الاطلاعُ عليه من غيرها ؛ إذ غايةُ غيرها أن تشاهد الدمَ ، وذلك لا يُعْرف إذا [٤] لم تُعْرف عادتها ، وأدوارها ، فَعَلّهُ [٥] دمُ فسادٍ ، وهو كقوله : إن أَضْمرتِ بُغْضي فأنت طالق ، فقالت : أضمرتُ ، فالقولُ قولُها ؛ لِعُسْرِ الاطلاع ، [عليه] [٦] . [٧] والظاهر أنها تُصَدّق في الزِّنا [٧] ، وفيه وجه . وفي الولادة وجهان [٨] . ، أما

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) هذه الكلمة « تبينا » ليست منقوطة في النسخ ، ولعلها هكذا إن شاء الله .

(٣) في (أ) : « بدم فسادٍ » .

(٤) في الأصل « إذا » والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « فلعلّه » وكلاهما صحيح .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) كذا في الأصل وفي (أ) : « والظاهر أنها لا تصدق ... » وهو الأصح عند إمام الحرمين كما في روضة الطالبين (٨/١٥٣) . وقوله : (والظاهر أنها تصدق في الزنا) يعني أنه إذا علّق طلاقها على زناها فقالت : زنيتُ ، فالظاهر أنها تُصدق في قولها هذا ويقع عليها الطلاق المعلّق .

(٨) والأصح تصديقها في ادعاء الولادة . انظر الروضة (٨ / ١٥٣) .

المودَع ، فإذا ادَّعى هلاكًا ، فيُصَدَّق - كان السببُ خَفيًّا أو جَليًّا - ولا يُطالب بالبيِّنة ؛ لأنه ائتمنه فلزمه تصديقُه بخلاف الزوج .

ولو قال : إن حضتِ فضَرّتُكِ طالق ، فلا تُصدق في حق الضّرّة ؛ إذ لا تصدق إلا بيمين ، ولا يتوجَّه عليها يمينٌ لضرتها . ولو قال : إن حضتما فأنتما طالقتان ، فقالتا : حِضْنَا ، فصدَّق إحداهما ، وكذَّب الأخرى : طَلُقت المكذَّبة دون المصدَّقة ؛ لأن المكذبة ثبت حيضها بقولها في حقها ، وثبت حيض صاحبتها بتصديق الزوج ، والمصدقة لم يثبت حيضُ صاحبتها في حقها - فإنّ صاحبتها مكذبة - وطلاقُ كلٍّ واحدةٍ معلقٌ على حيضهما جميعًا فلا يكفي حيضُ واحدةٍ .

ولو قال لأربع [نسوة] (١) : إن حضتن فأنتن طوالق ، ثم صدَّقهن ، طَلُقْنَ . وإن كذبهن فلا وإن صدّق ثلاثًا طلقت المكذَّبة دون المصَدَّقات . وإن كذب اثنتين ، لم تطلق واحدة ؛ (٢ لأن حيض الواحدة ٢) من المكذَّبتين ، لم يثبت في حق صاحبتها .

ولو قال : أيَّتُكُنَّ حاضتْ ، فصواحباتُها طوالق ، ثم قلن : حِضْنَا ، وصَدَّقَهن : طلقت كلُّ واحدة ثلاثًا ؛ لأن لكل واحدة ثلاثَ صواحب (٣) . وإن صدّق واحدة ، طلقت كلُّ واحدة من صواحباتها طلقةً واحدة . وإن صدق اثنتين ، طلقت كل واحدة من المصَدَّقتَيْنِ طلقةً طلقةً ؛ لأنه ليس لهما إلا صاحبة (٤) واحدة مُصدّقة .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « لأن حيض كل واحدة » .

(٣) في (أ) : « صواحبات » .

(٤) كلمة : « صاحبة » ساقطة من (أ) .

الفَصْلُ الخَامِسُ

في التّعْلِيقِ بالمشِيئَة

فإذا قال : أنت طالق إن شئتِ ، فقالت : شئتُ - في الحال - وقع . وإن تأخر عن المجلس ، لم يقع ؛ لأن الخطاب يقتضي جوابا في الحال ؛ ولأنه كالتملك [1] للمرأة . ويَنْبني على العلتين ترددٌ في أنه لو قال لأجنبي : زوجتي طالق إن شئتَ ، أنه هل يقتضي الفور ؟ أو قال : إن شاءت زوجتي فهي طالق ؛ إذْ لا خطاب [2] . ولو قال : أنت طالق إن شئتِ وشاء أبوكِ ، اختصّ مشيئتها بالمجلس ، وهل تختصّ مشيئةُ أبيها ؛ للاقتران بمشيئتها ؟ فيه خلاف [3] .

ولو قال : أنت طالق إن شئتِ ، فقالت : شئتُ إن شئتَ ، فقال : « شئتُ » : لم يقع ؛ لأنها علقت بالمشيئة ، والمشيئة لا تقبل التعليق . ولو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا أن يشاء أبوك واحدةً ، فشاءَ أبوها واحدةً ، ففيه وجهان / : ١٩٩/ب

أحدهما : أنه لا يقع شيء ، وكأنه استثناء عن أصل الطلاق [4] .

والثاني : أنه يقع واحدة . ومعناه : إلا أن يشاء أبوك واحدة ، فلا تطلق ثلاثًا ، بل واحدة .

وهذا في المطْلَق ، أما إذا أراد الاحتمال الذي فيه الإيقاع : يقع ، وإن قال : أردت الاحتمال الآخر ، يُدَيَّن . وهل يُقْبل ظاهرًا على [هذا] [5] الوجه ؟ فيه وجهان [6] .

ولو قال : أنت طالق إن شئتِ ، فقالت : شئتُ ، وهي كارهةٌ باطنًا ، نفذ الطلاقُ ظاهرًا . وهل

---

(١) في (أ) : « كالتمليك » .

(٢) الأصح في كلتا المسألتين أنه لا يشترط مشيئتهما على الفور . كذا في الروضة (٨ / ١٥٧) .

(٣) والأصح أيضًا في هذه المسألة أنه لا يشترط مشيئته على الفور . انظر : الروضة (٨/ ١٥٧) . الغاية القصوى (٢/ ٨٠٩) . مغني المحتاج (٣/ ٣٢٥) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الوجيز (٢ م ٧٨) . روضة الطالبين (٨ / ١٥٩) . الغاية القصوى (٢ / ٨٠٩) . مغني المحتاج (٣ / ٣٢٥) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « فيه خلاف » .

يقع باطنًا ؟ قال القفال : يقع ؛ لأن هذا تعليقٌ بلفظ المشيئة ، ولو كان باطنًا [١] ؛ لكان إذا علق بمشيئة زيد ، لم يُصدّق زيد في حقها [٢] . وقال أبو يعقوب الأبيوردي [٣] : لا يقع ، [كما لو علقت بالحيض و كذبت في الإخبار] [٤] وإليه مال القاضي . وهذا الخلاف يشير إلى تردُّدٍ فيما لو أرادت باطنًا ، ولم تنطق [ظاهرًا] [٥] .

ولو قال للصبية : إن شئتِ [٦] ، فقالت : شئت ، ففيه وجهان [٧] ، من حيث إنه يوجد منها اللفظُ ، ولكن لا اعتماد على إرادتها الباطنة .

ولو قال ذلك لمجنونة ، لم يقع [طلاقها] [٨] بقولها : شئتُ ، قولًا واحدًا ؛ فإنه – وإن علَّق باللفظ – فلابد من إعرابٍ عن ضمير صحيح . والسكرانُ يُخَرَّج على أنه كالصاحي أو المجنون ؟ .

ولو رجع الزوجُ قبل مشيئتها ، لم يَجُزْ ؛ لأن ظاهره تعليقٌ وإن تَوَهَّمْنَا في ضمنه تمليكًا .

* * *

(١) في (أ) : « بالباطن » .

(٢) وهذا القول هو الصحيح عند الرافعي كما في الروضة (٨ / ١٥٧) .

(٣) سبقت ترجمته في القسم الدراسي .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) أيضًا .

(٦) يعني إذا قال لها زوجها : أنت طالق إن شئت . فحذف قوله : (أنت طالق) لكونه معلومًا من السياق .

(٧) والأصح أنها لا تطلق . انظر الوجيز (٢ / ٦٨) والروضة (٨ / ١٥٨) .

(٨) زيادة من (أ) .

الفَصْلُ السادِسُ

في التعليق في مَسَائل الدَّوْر

فإذا قال لزوجته : « إن طلقتكِ ، فأنت طالق قبله ثلاثًا » ثم طلقها : لم يقع عند ابن الحداد ؛ لأنه لو وقع ، لوقع الثلاثُ قبله ، (١ ولو وقع الثلاثُ قبله لما وقع هذا ، ولو لم يقع هذا لما وقع الثلاث قبله ١) ؛ لأنه مُعَلّق به ، فيؤدي إثباتُه إلى نَفْيِه . وقال أبو زيد : يقع المنَجَّز ، ولا يقع المعلّق أصلًا ؛ لأنه علق تعليقا محالًا . ومن أصحابنا من قال : يقع في المدخول بها الثلاثُ مهما نَجَّزَ ، واحدةٌ بالتنجيز ، واثنتان بالتعليق ؛ لأن التعليق إنما صار محالًا بقوله : « قبله » فَيُلْغى قوله : « قبله » ويبقى الباقي ، فكأنه قال : إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثًا . والمسألةُ ذات غَوْر ، وقد ذكرناه في كتاب « غاية الغور في دراية الدور » فَلْيطلب منها (٢) .

ومن صور الدَّوْر أن يقول : إن طلقتك طلقة أَمْلِكُ بها الرجعةَ ، فأنت طالق قبلها طلقتين . وكذلك إن قال : إن وطئتكِ وَطْئًا مباحًا ، فأنت طالق قبله ثلاثًا ، فإذا وطىء ، لم يقع . وأبو زيد لا يقدر على المخالفة في هذا ؛ إذ اليمين الدائرة هي الباطل عنده ، وهاهنا لم توجد اليمين الدائرة . وكذلك إن قال : إن أبَنْتُكِ أو فسختُ نكاحك ، أو ظاهرتُ [منك] (٣) أو راجعتك ، فأنت طالق قبله ثلاثًا (٤) ، فعلى تصحيح الدور ، تنحسم هذه التصرفات بالكليّة .

* * *

---

(١) ما بين الرقمين ساقط من (أ) .

(٢) وهو كتاب ألفه الإمام الغزالي في المسألة المشهورة « بالمسألة السُّرَيْجية » على عدم وقوع الطلاق ، ثم رجع وأفتى بوقوعه ، وهي مسألة « الدور » المذكورة هنا . انظر مؤلفات الغزالي د . عبد الرحمن بدوي ص (٥٠ - ٥٢) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) كلمة : « ثلاثا » ساقطة من (أ) .

القِسْمُ الثّاني مِنَ التّعْلِيقَات

في فُروعٍ مُتفرّقة نَذْكُرُها أَرْسَالًا

وهي ثلاثة وعشرون :

الأول : إذا قال : إن حلفتُ بطلاقك ، فأنت طالق ، ثم قال : إن دخلت فأنت طالق ، طلقت في الحال ؛ لأن التعليق بالدخول ، حلفٌ في الحال . ولو قال : إذا طلعت الشمس ، لم يكن هذا حلفًا ؛ لأن الحلف ما يتصور فيه مَنْعٌ واستحثاث . أما إذا قال : إن طلعت الشمس ، أو إذا دخلت الدار ، فهل يكون هذا حلفًا ؟ فيه وجهان ، يُنظر في أحدهما إلى صيغة التأقيت ، وفي الأخرى إلى المعنى ، واتباعُ المعنى أولى [1] .

الثاني : إذا قال : إن بدأتُكِ بالكلام فأنت طالق ، ثم قالت : إن بدأتُكَ بالكلام ، فعبدي حرّ ، ثم كلَّمها وكلَّمتْه ، لم تطلق ، ولم يُعْتق العبد ؛ لأن الزوج خرج عن كونه مبتدئًا بقولها : إن بدأتك فعبدي حر ، وهي خرجت عن البداية بكلامه .

الثالث : إذا قال : إن أكلتِ رمانةً فأنت طالق ، وإن أكلتِ نصفَ رمانةٍ فأنت طالق ، فأكلتْ رمانة تامة . طلقت طلقتين ؛ لأن النصف أيضًا موجود في الواحدة . ولو قال : كلما أكلتِ نصفًا ، فأنت طالق ، طلقت ثلاثًا ؛ لأن فيها نصفين .

الرابع : إذا قال : إن بَشَّرتِني بقدوم زيد فأنت طالق ، فأخبره أجنبيٌّ ، ثم أخبرته ، لم تطلق ؛ لأن البشارة هي الأولى . وإن قال [2] : إن بَشّرْتُماني فأنتما طالقتان ، فَبَشَّرَتَاه على الترتيب ، طلقت الأولى [3] . وإن بشرتاه معًا طَلُقَتَا ، وإن بشرت كاذبةً ، لم تطلق . وإن

---

(١) قال في الوجيز (٢ / ٦٨) : تعليق الطلاق بطلوع الشمس ليس حلفًا ، سواء كان بصيغة « إن » أو « إذا » . وانظر الروضة (٨ / ١٦٨) .

(٢) في (أ) : « ولو قال » .

(٣) قال الحموي : « قوله : (وإن بشرتماني فأنتما طالقتان ، فبشرتاه على الترتيب طَلُقَتِ الأولى) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا يقتضي أنه لا يقع طلاقُهما وذلك أن قوله : (إن بشرتماني) فيه ضميرُ تثنيةٍ وهو لا =

قال [1] : إنْ أخبرتِني بأن زيدًا قدم ..، فأخبرت [2] كاذبةً ، طلقت ؛ لأن الكذبَ خبرٌ . ولو قال : إن أخبرتني بقدومه ، فهل تَطْلُق بالكذب ؟ فيه وجهان ، والأظهر التسويةُ .

الخامس : إذا قال : يا عمرة ، فقالت حفصة : لبيك ، فقال : أنت طالق [3] ثم قال : حسبتُ بأن المجيبةَ عمرةُ [3] . قال ابن الحداد : لا تطلق عمرة ؛ لأنه / لم يُوجد في حقها إلا النداءُ ، أما ٢٠٠/أ حفصةُ المخاطبةُ بالطلاق فهل تَطْلُق ؟ ذكروا وجهين :

أحدهما : نعم ؛ لأنه قال : أنت طالق [4] .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يَقْصد خطابَ حفصة .

قال الإمام : لو قال : حفصةُ تَطْلق ظاهرًا ، وهل تطلق عمرة ؟ على وجهين : لكان أقربَ .

السادس : إذا قال العبد لزوجته : إن مات سيدي فأنتِ طالق طلقتين [5] ، فقال السيد

= يقتضي الترتيب ، وذلك يقتضي أن لا يقع الطلاق إلا ببشارتهما دَفْعَةً واحدة ، وإذا كان المعلق على ثنتين لم يقع بوجود أحدهما كما لا يخفى وهذا إشكال ظاهر كما لا يخفى .

قلت : لا تخلو هذه المسألة من ثلاثة أحوال : إما أن يريد بشارتَهما في دفعة واحدة ، أو مرتبًا ، أو يطلق ذلك . فإن كان الأول لم يقع الطلاقُ إلا ببشارتهما ، وليس مراده هنا ، وإن كان الثاني وقع الطلاق على الأولى دون الثانية ، وأما الثالث فلم أرَ فيه نقلًا ولم أسمعه ، وإذا كان كذلك أمكن أن يقال : إن الطلاق لا يقع على الأولى ؛ لأن الطلاق متيقنٌ وهذا يحتمل ويحتمل ، فلا نَدْفَعُ نكاحًا متيقنًا بمشكوك فيه كما في نظائره من قوله : (إن كان هذا غرابًا فأنت طالق ، فطار ولم يعرف) فإن كان الطلاقُ لم يقع فيه بالشك فكذلك هاهنا .

إذا ثبت هذا كان مراد الشيخ بقوله : (إن بشرتماني) واحدةً بعد واحدة فإنه يقع طلاق الأولى دون الثانية كما وقع ، ولو بَشَّرَتاه معًا أيضًا طَلُقَتا كما في : « إن بشرتماني » فإن قيل : إنما كان كذلك في « إن بشرتماني » لكون اللفظ صريحًا فيها بخلاف « أيَّتكما » فإنها لا تدل بطريق التصريح عليهما كما لا يخفى .

قلت : وإن كان كذلك إلا أن النقل فيها أنه يقع عليهما أيضًا لقولهما كما في « متى » فإنها صريحة في جميع الأزمنة ، وإذا كان كذلك اندفع الإشكال » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٧ / أ ، ١٥٧ / ب) .

(١) في (أ) أيضًا : « ولو قال » .

(٢) في (أ) : « فأخبرته » .

(٣) ساقطة من (أ).

(٤) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ١٧٢) .

(٥) كلمة « طلقتين » ساقطة من (أ) .

للعبد : إن متُّ فأنت حرّ ، فمات ، قال ابن الحداد : تقع طلقتان ، وله الرجعة ؛ لأنه عتق قبل حصول التحريم بالطلقتين ، بل مع الطلقتين . ومنهم من خالف ؛ لأنه لم يتقدم العتق على الطلقتين بل جرى معه .

السابع : إذا قال مَنْ نكح جاريةَ أبيه : إذا مات أبي فأنت طالق ، فمات ، لم تطلق ؛ لأن الملك ينتقل إليه بالموت ، وينفسخ النكاح فيقارن الطلاقُ أولَ وقتِ الانفساخ فيندفع ، ومن الأصحاب من قال : يقع ؛ لأن الملك يترتب على الموت ، والانفساخ على الملك ، فيقارن الطلاق وقت الملك ؛ لأنه أيضًا مرتب على الموت . والأولُ أغوصُ ؛ لأن وقت الطلاق والملك والفسخِ واحدٌ ؛ إذ المختارُ أن من اشترى قريبه ، اندفع ملكه بالعتق ، لا أنه حصل ثم انقطع ، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي .

الثامن : إذا قال : أنت طالق يومَ يقدمُ فلانٌ ، فقدم ضحوةً ، طَلُقت في الحال على وجه ، وقيل : إنه يتبين وقوعُ الطلاق أول اليوم [1] ، ويَنْبني عليه حكم الميراث لو قدم وَقْتَ الظهر ومات الزوجُ ضَحْوةً . ولو قدم ليلا لم تطلق [2] . وقيل : تطلق ، واليومُ كنايةٌ عن الوقت .

التاسع : لو قال : أنت طالقٌ أكثَرَ الطلاق ، وقع الثلاث ، ولو قال : أعظم الطلاق ، لم يقع إلا واحدة ؛ لأنه لا يُنبيء عن العدد . ولو قال : مِلْءَ العالم ، ومِلْءَ الأرض ، لم تقع إلا واحدة . ولو قال : مثل البيوت الثلاثة [3] ، أو ملء السموات ، وقع الثلاث .

العاشر : لو قال : أنت طالق هكذا ، وأشار بأصابعه الثلاث وقع الثلاث [4] ، وصلح إشارةً [5] لتعريف العدد فإنه كتفسيرٍ . ولو أشار بالأصبع [6] ، ولم يقل : هكذا : لم تقع إلا واحدة .

الحادي عشر : إذا قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، إن كلمت زيدًا ولم يُدْخِل [فيه] [7]

---

(١) وهذا هو الأصح كما في الروضة (٨ / ١٧٥) .

(٢) وهو المذهب ، وبه قطع جمهور الشافعية . انظر في الروضة (٨ / ١٧٥) .

(٣) في (أ) : « الثلاث » .

(٤) كلمة : « الثلاث » ساقطة من (أ) .

(٥) في (أ) : « الإشارة » .

(٦) في (أ) : « بالأصابع » .

(٧) زيادة من (أ) .

« واو العطف » فهذا هو تعليق ومعناه : إن كلمت زيدًا صار طلاقك مُعَلقًا بالدخول ، وهو كقوله لعبده : إن كلمتَ زيدًا فأنت مُدَبَّر [١] .

---

(١) يقال : دَبَّرَ السيدُ العبدَ والأمةَ تدبيرًا : إذا علّق عتقه بموته ؛ لأنه يعتق بعد ما يُدْبِر سيدُه ، أي : يموت . والمماتُ : دبر الحياة . يقال : أعتقه عن دبر ، أي : بعد الموت . ولا يستعمل في أي شيء بعد الموت ، من وصيةٍ ووقْفٍ وغيره ، وإنما هو لفظ خُصَّ به العتق بعد الموت . المطلع على أبواب المقنع ص (٣١٥ ، ٣١٦) .

قال الحموي : « قوله : (إذا قال : أنت طالق إن دخلت الدارَ إن كلمت زيدًا ، ولم يُدْخِلْ واو العطف ، فهذا هو تعليق التعليق ومعناه : إن كلمت زيدًا طار طلاقُك معلقًا بالدخول ، فهو كقوله : إن كلمتَ زيدًا فأنت مُدَبَّر) .

قلت : ما ذكره الشيخ هنا يرد عليه إشكالان : أحدهما : أن هذا يخالف ما ذكره في النظير فإنه قال : (إن دخلت الدار إن كلمت زيدًا فأنت طالق) فكان مقتضى هذا أنه إذا كلَّم زيدًا ثم دخل الدارَ فإنه لا يقع الطلاقُ فإنه قَدَّم الدخول . وأما قوله : (إن كلمت زيدًا فأنت مدبر) فليس هذا من قبيل ما نحن بصدده من حيث إنه لم يوجد فيه إلا تعليقٌ واحد ، كما لو قال : (إن كلمت زيدًا فأنت طالق) وهو نظيرُ مسألةِ التدبير كما لا يخفى .

الثاني : أنه ذكر في الوجيز ما يخالف هذا ، وهو قوله : (إن كلمت زيدًا إن دخلت الدارَ فأنت طالقٌ ، فمعناه تعليق التعليق ، فإذا كَلَّمَتْ زيدًا أولًا تعلَّق طلاقُها بالدخول) وإذا كان كذلك كان مخالفًا لما ذكره في الوسيط من حيث إنه في الوسيط جعل المؤخَّرَ مُقَدَّمًا والمقدم مؤخرًا ، وفي الوجيز أبقى الأولَ على حاله ثم أتى بالدخول بعده ، ثم جعل ابتداء الوقوع من الأول وجعل الثاني مرتبًا عليه .

قلت : ذكر الشيخ هذه المسألةَ بعينها في البسيط وقال : (لو قال : إن دخلت الدارَ إن كلمت زيدًا فأنت طالق ، فيكون الطلاق بالدخول معلقًا بوجود الكلام كقوله لعبده : إن دخلتَ الدارَ فأنت مدبرٌ ، فالتدبير تعليق معلق بالدخول . ثم قال الأصحاب : لا بد أن يتقدم الكلامُ على الدخول ، فلو دخلت أولًا ثم كلمت : لم تطلق . قال الإمام : وهذا فيه نظر ؛ لأنه جَمَع بين وصفين وإن لم يُدْخِلْ واوَ العطف ، فيحتمل أن يقال : الطلاق معلقٌ باجتماع الأوصاف كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار إن أكلت رغيفًا إن كلمت زيدًا . وما ذكر الأصحاب محتملٌ) .

وإذا كان كذلك قلت : ما ذكره في الوسيط محمولٌ على ما ذكره الأصحاب ، وما ذكره في الوجيز محمولٌ على ما ذكره الإمام وهو وجه منقول ، والصحيح ما ذكره في الوسيط فإنه كذلك عند أهل العربية ، وما ذكره في الوجيز موافقٌ لعُرْفِ العامة ، فعلى هذا لم يكن ما ذكره الشيخ مخالفًا ، فكأنه اختار في الوسيط في زمان وما في الوجيز في زمان آخر ، وأما ما ذكره من النظير فيحتمل أن يقال : التعليق معلق على الآخر كما أن قوله : « إن كلمت زيدًا فأنت مدبر » معلقٌ على الكلام ، والكلامُ لما لم يكن بعده تعليق فهذا آخرُ كنظير مسألتنا .

إذا ثبت هذا فأقول : تعليق التعليق يختلف الحكم فيه باختلاف المشروط ، وإذا كان كذلك فأقول : إذا قال =

الثاني عشر : إذا قال : أربعكن [1] طوالق إلا فلانة . قال القاضي : لا يصح هذا الاستثناء ؛ لأنه صرّح بالأربع ، وأوقع عليهن . ولو قال : أربعكن إلا فلانةَ طوالقُ ، قال : يصح الاستثناء . والمسألةُ محتملة ؛ إذ ليس يلوح الفرقُ بين عدد المطلقات وبين عدد الطلقات ، ولا بين التقديم والتأخير ، ويلزمه [2] أن يقول : لو قال : لفلانٍ أربعةُ أعْبُدٍ إلا واحدًا [3] ، يلزمه الثلاثة [4] . ولا شك في أنه لو قال : « لفلانٍ هؤلاء الأعبدُ الأربعُ [5] إلا هذا » لم يصح الاستثناء [6] ؛ لأن الاستثناء في المعين لا يُعتاد ، ويتأيّد بذلك كلامُ القاضي .

الثالث عشر : إذا قال مَنْ يلتمس من غيره أن يُطَلِّق زوجته : أطلقتَ زوجتَك ؟ فقال : نعم ، فإنْ نوى وقعَ الطلاق . وإن لم ينوِ فقولان :

= إنسان لزوجته : « إن ركبت إن لبست » لم تطلق إلا باللبس والركوب بعده ، ويُسَمَّى هذا عند أهل العربية اعتراضَ الشرط على الشرط ، فإن لَبِسَتْ ثم ركبت طَلُقَتْ ، وإن ركبت ثم لبست لم تطلق ؛ لأنه جعل اللُّبْسَ شرطًا في الركوب ، فوجب تقديمُه ، ولأن العادة أن يلبس الإنسانُ ثم يركب فاقتضاه ذلك عند التعليق .

وإن قال : أنت طالقٌ إذا قمت إذا قعدت ، لم تطلق حتى يوجد القيامُ والقعود ، ويتقدَّم القعودُ على القيام ؛ لأنه جعله شرطًا فيه . وإن قال : إن أعطيتكِ إن وعدتك إن سألتيني فأنت طالق ، لم تطلق حتى يوجد السؤالُ ثم الوعد ثم العطية ؛ لأنه شَرَطَ في العطية الوعدَ وشَرَطَ في الوعد السؤال ، فكأن معناه : إن سألتيني فَوَعْدتُكِ فأعطيتُك فأنت طالق .

قلت : المعنى يقتضيه فيحمل عليه فإن قال : إن سألتيني إن أعطيتك إن وعدتك فأنت طالق ، لم تطلق حتى تسأل ثم يوعدها ثم يعطيها ، لأن معناه : إن سألتيني فأُعْطِيكِ إن وعدتُك ، وإن وعدتك فأنت طالق ، وإذا كان كذلك فكل ما كان قرينةُ العرف تقتضيه ترتُّب عليه ذلك ، سواء كان مقدمًا أو مؤخرًا ، فعلى هذا يتجه الخلاف في مسألتنا المتقدمة إن نظرنا إلى كونه ليس في تقدُّم الدخول على الكلام مزيدُ اختصاصٍ ، ولا في تقديم الكلام على الدخول كذلك – كان ملحقًا الصورة الأولى ؛ لأنه الغالب ، وإن نظرنا إلى اللفظ كان ملحقًا بالصورة الثانية ؛ لأنها مرتبةٌ ، وعلى هذا يترتب هذا الفصل » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٩ / أ – ١٦١ ب) .

(١) في (أ) : « أربعتكن .. » .
(٢) في (أ) : « ويلزم » .
(٣) في الأصل : « إلا واحد » والصواب « واحدًا » وهو ما في (أ) .
(٤) في (أ) : « الثلاث » .
(٥) في (أ) : « الأربعة » .
(٦) كلمة « الاستثناء » ساقطة من (أ) .

أحدهما : لا ؛ لأن قوله : نعم ، ليس فيه لفظُ الطلاق ، فكيف يصير صريحًا .

والثاني : أن الخطاب كالمعاد في الجواب [1] .

أما إذا كان في معرض الاستخبار ، فقولُه : نعم ، صريحٌ في الإقرار . ولو قالت المرأة : طلاق دَهْ مرا [2] فقال : دَادَمْ [3] ، قال الأصحاب : لا يقع شيء ؛ [4] لأن هذه اللفظة لا تصلح للإيقاع [4] . وقال القاضي : يقع ؛ لأن المبتدأ يصير مُعَادًا في الجواب ، وهو مذهب أبي يوسف .

ولو قال الدلالُ لمالك المتاع : أبعتَ ؟ فقال : نعم ، لم يصلح هذا أن يكون [5] إيجابًا . وقال : بعتُ ، لم يصلح أيضًا أن يكون خطابًا للمشتري ؛ فإنه خطاب مع الدلال . ولو قيل له : ألك زوجةٌ ؟ فقال : لا ؛ قال المحققون : هذا كناية في الإقرار . وقال القاضي : هو صريح في الإقرار . ثم إن كان كاذبًا لم تطلق زوجته في الباطن .

الرابع عشر : لو قال [6] : « إن لم تذكري عدد الجوزات التي في البيت ، فأنت طالق ، فطريقها أن تذكر كلَّ عدد يحتمل أن يكون ، فلا يزال يجري على لسانها الواحدُ بعد الآخر .

---

(١) وهذا هو الأظهر ، وعليه فيقع الطلاق . انظر الروضة (٨ / ١٧٩ ، ١٨٠) .

(٢) هذه جملة فارسية ، ومعناها : أعطني الطلاق أو طَلِّقْني . وتحليلها هكذا :

طلاق : كلمة عربية .

دَهْ : فعلُ أمرٍ من الفعل الفارسي (دَادَنْ) بمعنى : أَعْطِ . مرا : الميم : ضمير المتكلم : أنا ، وهذه « الراء » إذا جاءت معه تجعله مفعولًا به أو في حالة المفعولية .

(٣) وهذه باللغة بالفارسية أيضًا ومعناها : أعطيتُ . وتحليلُها هكذا :

داد : فعل ماضٍ من الفعل (دَادَن) الفارسي بمعنى : أَعْطى .

م : ضمير المتكلم : أنا ، أو تاء الفاعل المتكلم .

(٤) في (أ) : « لأن هذا اللفظ لا يصلح للإيقاع » .

(٥) في (أ) : « لِأَنْ يكون » .

(٦) في (أ) : « إذا قال » .

ولو قال : إن لم تُعَرِّفيني [1] عدد الجوزات ، لا يكفيها ذلك / فإن التعريف لا يحصل بذلك . ٢٠٠/ب وقيل : إنه يكفيها . وهو بعيد . ولو قال : إن لم تُمَيِّزي نَوَى ما أكلتُ عن نوى ما أكلتِ - وقد اختلطت [2] النوى - فأنت طالق ، فسبيلُها أن تُبَدِّد النوى بحيث لا يتماسُّ اثنتان ، فيكون قد حصل التمييز ، هكذا قاله الأصحاب ، وفيه نظر ؛ لأنه لا يظهر إطلاقُ التمييز المفرّق ، ولكن إذا لم يكن له نيةٌ ، اتبعوا مجرد وضع اللغة .

ولو كان في فيها [3] تمرةٌ ، فقال : أنت طالق إن بلعتيها ، أو قذفتيها ، أو أمسكتيها [4] ، فطريقُها أن تأكل النصفَ ، وتقذف النصف ، وهذا بيِّنٌ .

ولو قال - وهي على سُلّم - : أنت طالق إن مكثتِ ، أو صعدتِ ، أو نزلتِ ، فطريقُها أن تَطْفِر طَفْرَةً [5] ، أو تُحْمل ، أو [6] يُوضع بجنبها سُلّم ، فتنتقل إليه . ولو قال : إن أكلت هذه الرمانة فأنت طالق ، فَلْتأكُلها إلا حبةً . ولو حلف على رغيف ، فَلْتأكل إلا الفتات .

والضابط في هذا الجنس : أن ننظر إلى العرفِ واللغة جميعًا ، فإن تطابقا فذاك ، وإن اختلفا فميلُ الأصحابِ إلى اللفظ ، ومَيْلُ الإمامِ (رحمه الله) إلى أنّ اتِّباع العُرف أَوْلَى .

الخامس عشر : إذا شافهتْه بما يكره ، من شتيمة وسَبّ ، فقال : إن كنتُ كذلك فأنتِ طالق ، فإن قصد المكافأة ، أي : إن كنت [7] كذلك فأنت طالق ، طلقت في الحال ، كانت تلك الصفةُ موجودةً أو لم تكن . فإن قصد التعليق ، فطلبُ وجودِ تلك الصفة وعدمُها : بالرجوع إلى العرف . فإن أطلق - وقد ظهر في العرف ذِكْرُ ذلك للمكافأة - احتمل وجهين ؛ لأن اللفظ بالوضع للتعليق ، [8] وبالعرف للمكافأة . ولعل اتباع اللفظ أولى [8] ؛ فإنه الأصل الموضوع ،

---

(١) في الأصل : « إن لم تَعرِفين » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « وقد اختلط » .

(٣) أي في فمها .

(٤) كذا بالنسخ ، والصواب لغةً : « إن بلعتِها ، أو قذفتِها ، أو أمسكْتِها » .

(٥) أي تقفز قفزةً . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٣ / ١ / ١٨٧) . المصباح المنير (٢ / ٥٧١) .

(٦) في الأصل : « أن » والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « إذا كنت » .

(٨) ما بين ساقط من (أ) .

والعرفُ يختلف ويضطرب [1] . وقد وقع في الفتاوى أن امرأة قالت لزوجها : يا جهود روى [2] . فقال : إن كنتُ كذلك فأنت طالق ، فطلب المفتون تحقيق هذه الصيغة [3] . فقيل : [إنه] [4] يحمل على صفار الوجه ، وقيل : هو ذِلةٌ وخساسة . وقال الإمام : هذه الصفة لا تتصور في المسلم ، فلا يقع الطلاق . وهذا فيه نظر ؛ لأن الخيال قد يتصور وصفًا لا محالة حتى يصف به المسلم ، فتارةً يصدق وتارة يكذب . ووقع أيضًا أنْ قال رجلٌ لزوج ابنته في مخاصمته : كم تُحرِّكُ لحيتُك ؟ فقد رأيتُ مثلَ هذه اللحية كثيرًا . فقال : إن رأيتَ مثلَ هذه اللحية كثيرًا فابنتُك طالق ، وقد قصَدَ التعليق ، فقلتُ : لا شك أن اللحية ليست من ذوات الأمثال إن نُظِرَ [5] إلى شكلها ، ولونها ، وعدد شعورها ، وذلك هو المثل المحقق . ولكن ذكرُ اللحيةِ في مثل هذا الموضع ، كنايةٌ عن الرجولية والجاه ، وذلك مما يكثر أمثالُه ؛ فبالحريِّ أن نميل هاهنا إلى العُرْف ونُوقع الطلاقَ ، وليس يبعد أيضًا الميلُ إلى موجب اللفظ ونَفْيِ الطلاق .

السادس عشر : إذا قال : إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم ، ولم يطلقها حتى انقضى اليوم . قال ابن سريج : لا يقع ؛ لأنه عند تحقق الصفة فات وقت الطلاق . وهذا يَرِدُ عليه قولُه : إن لم أطلقك فأنت طالق ، فإنّا نتبين عند موته وقوعَ الطلاق في آخر العمر ، والعمرُ في هذا المعنى ، كاليوم ؛ إذ فيه يتحقق الطلاقُ والصفةُ جميعًا ، ولا فَرْقَ بين المسألتين .

السابع عشر : إذا قال : أنت طالق بمكة ، وأراد التعليق بدخولها : جاز . وإن أطلق ، حُمِل على التعليق على وجه . وحُكِم بالتنجيز على وجه ؛ إذ ليس فيه أداة التعليق .

الثامن عشر : لو قال : إن خالفتِ أمري فأنت طالق ، ثم قال : « لا تُكلمي زيدًا » فكلمت ،

---

(١) ورجح في الوجيز أيضًا أنّ الأولى في هذا أن تكون الصيغة للتعليق في هذا الموضع . انظر الوجيز (٢ / ٧٠) والروضة (٨ / ١٨٥) .

(٢) وهي كلمة تقال لمن اتصف بالذلة والخساسة ، أو لمن كان مصفرّ الوجه كما سيأتي ، وانظر مغني المحتاج (٣ / ٣٣٤) .

(٣) في (أ) : « الصفة » .

(٤) زيادة من (أ).

(٥) في (أ) : « إن نظرنا » .

قالوا : لا يقع ؛ لأنها خالفت النَّهْيَ دون الأمر . ولو قال : « إن خالفتِ نَهْيِي ... » ثم قال : قومي ، فَقَعَدتْ [قالوا] [١] : وقع ؛ لأن الأمر بالشيء نَهْيٌ عن أضداده ، فكأنه قال : لا تقعدي ، فقعدت . وهذا فاسد ؛ إذ ليس الأمرُ بالشيء نَهْيًا [٢] عن ضدّه فيما نختاره ، وإن كان ، فاليمين لا يُبْنى عليه ، بل على اللغة أو العرف . نعم ، في المسألة الأولى نَظَرٌ من حيث العرف .

التاسع عشر : إذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال : نَجَّزْتُ تلك الطلقة المعلقة ، ثم دخلتْ [الدار] [٣] ففي الوقوع وجهان ، حاصلُه يرجع إلى أن المعلّقة [٤] ، هل يمكن تعجيلُها بعينها ؟ .

العشرون : إذا قال : أنت طالق إلى حين أو زمان ، فإذا مضى لحظةٌ ، طلقت ؛ فإن اللحظة « حين » و « زمان » . ولو قال : « إذا مضى / حقْبٌ فأنت طالق » أو « عصرٌ » . قال الأصحاب : يقع بمضيٍّ لحظة ، وهذا بعيد . وتوقَّف أبو حنيفة (رحمه الله) في هذه المسألة ، وهو محل التوقّف ، ولكن إيقاعُه بلحظةٍ لا وجْهَ له . ١/٢٠١

ولو قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد ، قال صاحب « التقريب » : لا يقع غدا ؛ لِتَصَرُّمِ اليوم ، ولا اليومَ ؛ لعدمِ مجيء الغد . قال الإمام : يحتمل أن يقال : إذا جاء الغد تَبَيَّنَّ وقوع الطلاق كما إذا قال : إذا مات فلانٌ فأنت طالق قبله .

الحادي والعشرون : قال الشافعي (رضي الله عنه) : إذا قال : إن قدم فلان فأنت طالق ، فَقُدِم به ميتا : لم تطلق [٥] . وهذا يلتفت على أن الصفة إذا حصلت بالإكراه أو مع النسيان ، فهل يحصل الحنث ؟ فيه قولان ، واختار القفال أن اليمين بالله يؤثر فيه النسيانُ والإكراهُ دون الطلاق ؛ لأن ذلك تعليق [٦] بهتك حرمة ، وهذا يتعلق بوجود الصورة [٧] . ولا خلاف في أنه لو قصد مَنْعَها عن المخالفة ، وعلّق على فَعْلها ، فنسِيتْ : لا تطلق . وإن أُكرهت ، فيحتمل الخلاف ؛ لأنها مختارة . وأما مسألة القدوم على كل حال ، فهو كما قال الشافعي (رضي الله

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في الأصول : « نَهْي » وهو خطأ ظاهر .
(٣) زيادة من (أ) .
(٤) أي الطلقة المعلقة .
(٥) انظر الأم (٥ / ١٨٦) . مختصر المزني ص (١٩٣) .
(٦) في (أ) : « يتعلق » .
(٧) في (أ) : « الصفة » .

عنه) ؛ لأن الموت يُنَافِي القدومَ .

ولو قال : إن رأيتِ فلانًا فأنت طالق ، فرأته ميتا ، وقع [الطلاق] (١) . ولو رأته في ماءٍ يَحْكي لونَه : وقع . وإن رأته في المرآة ففيه احتمال . ولو قال ذلك لامرأته العمياء ، فالظاهر أنها لا تطلق بمجالسته ، ولو قال : إن مَسَسْتِه ... (٢) ، طلقت بمسِّه حيًّا وميّتا ، ولا تطلق بالمسّ على حائل ، (٣ولا بِمَسِّ الشعر والظفر ٣) وإذا علق بالضرب لم يحنث بضربه مَيّتا ، ولا يحنث بضرب الحيّ بأنملته ؛ حيث لا إيلام فيه أصلًا . ولو قال : إن قذفتِ فلانًا ، حنث بقذفه ميتا ، ولو قال : إن قذفت في المسجد ، معناه : كون القاذف في المسجد ، ولو قال : إن قتلت [في المسجد] (٤) فمعناه كون المقتول في المسجد .

الثاني والعشرون : إذا قال : إن كلمتِ فلانًا فأنت طالق ، فكلمتْه ، ولكن لم يسمع لعارضِ لَغَطٍ وذُهولٍ ؟ قال الأصحاب : طلقت . ولو كان المُكَلَّم أصمَّ ، فلم يسمع ، ففيه وجهان . ولا خلاف أنه لو كلمتْه بِهَمْسٍ بحيث لا يسمع : لا يكون كلامًا ، نعم ، لو كان وجهها إلى المتكلم ، وعلم أنها تكلِّمه ، وكان بحيث لو فرضت الإصاحة لَسمِعَها ، فينبغي أن يقع الطلاق . ولو كلمته على مسافة بعيدة ، لا يحصل الاستماعُ بمثله : لم يحنث . فلو حمل الريحُ الصوتَ (٥) ، فالظاهرُ أنه لا يحنث . ولو كلَّمته في جنونها ، فذلك كالنسيان والإكراه .

الثالث والعشرون : إذا قال : إذا رأيت الهلال فأنت طالق ، طلقت برؤية غيرها ، ولو فسَّر بالعيان ، فهل يُقْبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان . قال القفال : هذا في اللغة العربية ؛ إذ الرؤيةُ يُرَاد به العلم ، أما في الفارسية فلا . وفيه نظر ، إذ يقال بالفارسية : «رأينا الهلال ببلدة كذا » ولا يُرَاد به العيان .

ولْنقتصِرْ على هذه الفروع ، فإن هذا الجنس لا يتناهى ، وإنما ذكرنا هذا القدر ليحصل التنبيهُ بِحُسْن التصرف في تحقيق الصفات ، والله أعلم (٦) .

* * *

(١) زيادة من (أ) .

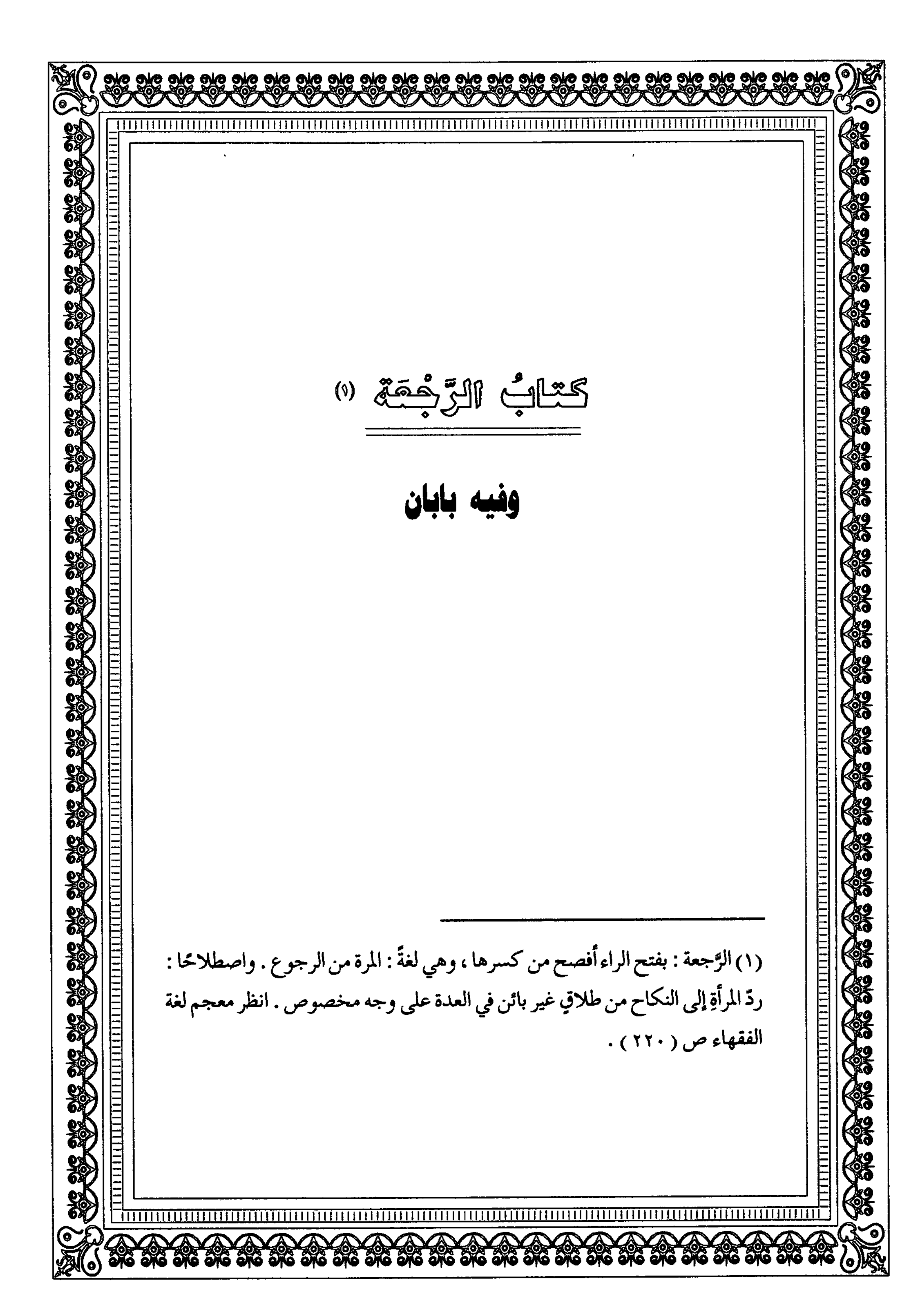
(٢) يعني : فأنت طالق .

(٣) في (أ) : « ولا بمس الظفر » بدون كلمة « الشعر » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « صوتا » .

(٦) قوله : « والله أعلم » ليس في (أ) .



كتابُ الرَّجْعَة (١)

وفيه بابان

(١) الرَّجعة : بفتح الراء أفصح من كسرها ، وهي لغةً : المرة من الرجوع . واصطلاحًا : ردّ المرأةِ إلى النكاح من طلاقٍ غير بائن في العدة على وجه مخصوص . انظر معجم لغة الفقهاء ص (٢٢٠) .



الباب الأول
في أركان الرجعة وأحكامها

(وفيه فصلان)

الفصل الأول في الأركان

وهي ثلاثة [1] :

المُرْتَجِع ، والمرأة ، والصّيغة .

الأول : المرتجع . ولا يُشترط فيه إلّا أهليةُ الاستحلال والعقد ، كما في أهلية النكاح ، وقد سبق .

الركن الثاني : الصيغة . فنقول : كل مَنْ طلق زوجته طلاقا مستعقِبًا للعدّة ، ولم يكن بعِوَض ، ولم يَسْتوفِ عددَ الطلاق : ثبتت له الرجعة ، بنصّ قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [2] وبنصّ قول النبي ﷺ : « مُرْهُ فلْيراجِعْها » في حديث ابن عمر [3] ، وبإجماع الأمة [4] .

---

(١) ذكر الغزالي (رحمه الله) في الوجيز (٢ / ٧٠) أن أركانها أربعة ، وعد فيها « السبب الموجب للرجعة » فقال : وهو كل طلاق يستعقب عدةً ، ولا عوضَ فيه ، ولم يستوف عدد الطلاق . وتسميته ركنا تجوُّز ، وإلا فهو سببٌ ، لا ركنٌ من أركانها . قلت : وفي الروضة تفصيل حسن قال : والمطلقات قسمان :

(القسم الأول) : من لم يستوف زوجُها عدد طلاقها ، وهي نوعان ؛ بائن ، ورجعية . فالبائن : هي المطلقة قبل الدخول ، أو بعوض ، ولا تحل له إلا بنكاح جديد . والرجعية : هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض .

(القسم الثاني) : مطلقةٌ استوفى عدد طلاقها ، فلا تحل له برجعة ولا بنكاح إلا بعد محلِّل .

ثم قال : « وإن شئتَ اختصرتَ ، فقلتَ : الرجعيةُ مطلَّقةٌ بعد الدخول بلا عوض ولا استيفاء عدد » . روضة الطالبين (٨ / ٢١٤) .

(٢) من الآية (٢٢٨) من سورة (البقرة) .

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٩ / ٢٥٨) (٦٨) كتاب « الطلاق » (١) باب قوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ﴾ حديث (٥٢٥١) . مسلم (٢ / ١٠٩٣) (١٨) كتاب « الطلاق » (١) باب « تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها » حديث (١٤٧١) .

(٤) انظر الإجماع لابن المنذر ص (٤٣) . ومراتب الإجماع لابن حزم ص (٧٥) .

وصريحُ صيغة الرجعة - بالاتفاق - ثلاثةٌ : قولُه : « رجعتُ » و « راجعتُ » و « ارتجعتُ » [(١)] . وترددوا في ثلاثة ألفاظ :

أحدها : قولُه : « رَددتُ » أَخْذًا من قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ فمنهم من قال : هو صريح ؛ لورودِ القرآنِ به [(٢)] . ومنهم من قال : لا ؛ [(٣] لأنه لا يتكرر [٣)] .

ثم إذا جعلناه صريحًا ، فالظاهرُ أنه لابُدّ من صلة ،وهو أن يقول : « رددتُها إليّ » أو « إلى النكاح » ؛ لأنه من غير صلة يُشعر بالردّ المضادّ للقبول . وأما قولُه : راجعت وارتجعت ، فلا يحتاج إلى الصلة / وكذلك قوله : رجعْتُ ؛ لأنه يستعمل لازمًا ومتعدّيًا . ٢٠١/ب

الثاني : لفظ « الإمساك » . وفيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) : أنه صريحٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ ﴾ [(٤)] .

(والثاني) : أنه كناية ؛ لأنه لا يتكرر [(٥)] .

(والثالث) : أنه ليس بكناية أيضًا ؛ لأنه يُشْعر بالاستصحاب ، لا بالاستدراك [(٦)] .

---

(١) ويلحق بهذه الألفاظ ما اشتق منها كقوله : أنت مُرَاجَعة أو مرتجعة ونحو ذلك . مغني المحتاج (٣ / ٣٣٦) .

(٢) والأصح أنها صريحة . انظر : الروضة (٨ / ٢١٤) . الغاية القصوى (٢ / ٨١٥) . مغني المحتاج (٣ / ٣٣٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنه لم يتكرر » وهو أليق .

(٤) من الآية (٢) سورة (الطلاق) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لم يتكرر » .

(٦) والأصح أنها صريحة. انظر الروضة (٨ / ٢١٥) والمنهاج مع المغني (٣ / ٣٣٦) . والغاية القصوى (٢/ ٨١٥)

قال الحموي : « قوله في الرجعة : (الثانية : بلفظ الإمساك ، وفيه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه صريح لقوله تعالى : ﴿ فأمْسِكُوهُنَّ بمعروف ﴾ والثاني : أنه كناية ؛ لأنه لم يتكرر . والثالث : أنه ليس بكناية ؛ لأنه يشعر بالاستصحاب لا بالاستدراك) .

قلت : ذكر الشيخ في تعليل الوجه الثاني : لأنه لا يتكرر لفظُ الإمساك ، وإنه ليس كذلك فإنه قد تكرر في =

الثالث : لفظ « التزويج » و « الإنكاح » . وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه صريح ؛ لأنه صلح [1] لأجل العقد والحِلّ [1] ، فَبِأَنْ يَصْلح للدوام أَوْلى .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يرد القرآنُ به في الرجعة ، وهو مأخذُ الصريح ؛ فهو كنايةٌ [2] .

والثالث : أنه ليس بكناية أيضًا [3] ؛ [لأنه] [4] لا يُشْعر به .

فإن قيل : وهل تنحصر صرائحُ الرجعة [5] بالتعبّد ، كالطلاق والنكاح ؟ أم لا تنحصر ، حتى تحصل بما يدلُّ على المقصود ، كقوله : رفعتُ التحريمَ العارض بالطلاق [6] ، وأعدتُّ الحِلّ الكامل ، وما يجري مُجْراه ؟ قلنا : حَكَمَ العراقيون بالانحصار ، وزعموا أن الخلافَ في لفظ « الإمساك » و « الردّ » . كالخلاف في لفظ « المفاداة » في الطلاق [7] والخلاف فى لفظ

= القرآن قوله تعالى : ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ وقوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف ﴾ فدلَّ على أنه متكرر ، وذلك يخالف ما ذكره .

قلت : وإن كان كذلك لكن المعني في التكرُّر أنه إذا وقع في موضع لم يوجد في موضع آخر ما يخالفه ، وهنا قد وقع في القرآن ما يخالف هذا التكرار في قوله تعالى في قصة زيد بن حارثة : ﴿ أمسك عليك زوجك ﴾ أي اسْتَدِمْ نكاحها الثابت ، فعلى هذا لا يكون ما ذكره متكررًا مع ورود هذه المخالفة ويخالف التكرارَ الواقع في الطلاق والسراح ، فإنه لم يقع في موضع آخر ما يخالفه ، وإليه يشير الشيخ وبه خرج الجواب .

ومعنى قوله في الوجه الثالث : (إنه يشعر بالاستصحاب لا بالاستدراك) معناه مستصحِبُ الإمساكِ للآية التي ذكرناها في زيد بن حارثة ، دون الاستدراك بعود الرجعة عند وقوع الطلاق » . مشكلات الوسيط (ق ١٥٧ / ب ، ١٥٧ / أ) .

(١) في (أ) ، (ب) : « لأصل العقد والحِلّ » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٨ / ٢١٥) والمنهاج مع المغني (٣ / ٣٣٦) . ورجحه البيضاوي في الغاية (٢ / ٨١٥) .

(٣) في (أ) : « أصلًا » بدل كلمة « أيضًا » .

(٤) كلمة : « لأنه » ساقطة من الأصل ، وثابتة في (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : الرجعة » ساقطة من (ب) .

(٦) في (أ) : « العارض بالطلاق للنكاح » . وفي (ب) : « العارض بالنكاح » .

(٧) قوله : « في الطلاق » ساقطة من (أ) .

« التزويج » من حيث الأولى ، وإلاّ فإذا كان الطلاق لا يقع بقوله : قطعتُ النكاح ، ورفعتُه ، واستأصلته - من غير نية الطلاق - فلا تحصل الرجعة أيضًا بقوله : رفعتُ التحريم ، بل أولى ؛ لأن الرجعة اجتلابُ حِلٍّ ، فهو بالتعبُّدأَحْرى [١] . وميلُ الشيخ أبي علي إلى أنه لا تنحصر صرائحه ، بخلاف « الطلاق » ووجْهُه أن « الرجعة » حكمٌ يُنبىء عنه لفظٌ من حيث اللسان ، فيقوم مقامَه ما يؤدّي معناه . وأما « النكاح » و « الطلاق » فأحكامُهما غريبةٌ ليس في اللغة ما يدل عليهما [٢] ؛ لأن للشرع فيه موضوعاتٍ غريبةً فلا تُؤخذ صرائحهما إلا من الشرع .

فإن قيل : هل [٣] تتطرق الكناية إلى الرجعة ؟ قلنا : الصحيح الجديد أن الإشهاد لا يُشترط في الرجعة ، [٤] وأن الزوج يستقلّ به ، فتتطرق إليه الكنايةُ [٤] ، بخلاف « النكاح » [٥] . وإن قلنا : يُشترط الإِشهاد ، فالشاهدُ لا يَطّلع على النية ، فيحتمل أن يقال : لابُدّ من الصريح ، ويحتمل خلافُه أيضًا ؛ لأن القرينة قد تُفْهِم .

فرع : فإن [٦] قال : مهما طلقتك فقد راجعتك فطلقها : لم تحصل الرجعة .

ولو قال مهما راجعتكِ ، فقد طلقتكِ ، فراجَعَها : حصل الطلاقُ ؛ لأن الرجعة في حكم الخيار ، فلا تقبل التعليق ، وإن كان يستقلّ به [٧] .

واعْلَمْ أن الفعل ، لا يقوم مقامَ اللفظ في الرجعة عند الشافعي (رضي الله عنه) [٨] . وقال أبو حنيفة (رحمه الله) : تحصل الرجعة بالوطء ، وباللمس ، وبالنظر إلى الفرج بالشهوة . وقال

---

(١) ووافقه في الروضة وعلل بأن الطلاق صرائحه محصورة ، فالرجعة التي هي تحصيل إباحة أولى . (٢١٦/٨) .

(٢) في (أ) : « عليها » . والضمير يعود على « الأحكام » .

(٣) في (أ) : « فهل » .

(٤) في (أ) : « فإن الزوج يستقل بها ، فتتطرق الكناية إليها » .

(٥) نصّ الشافعي (رحمه الله) على أن الإشهاد ليس شرطا في الرجعة وإن كان ذلك مندوبًا عنده . انظر الام (٢٤٥/٥) . مختصر المزني ص (١٩٦) . روضة الطالبين (٨ / ٢١٦) . الوجيز (٢ / ٧٢) .

(٦) في (أ) : « إذا » .

(٧) في (أ) : « بها » .

(٨) انظر الأم (٥ / ٢٤٤) . مختصر المزني ص (١٩٦) .

مالك (رحمه الله) : إنْ قَصَدَ بالوطء الرجعةَ حصل ، وإلّا فلا [١] .

الركن الثالث : المحلّ . وهي المرأة ، وشرطُها أمران : أن تكون معتدة . وأن تكون محلًّا للاستحلال .

الشرط الأول : أن لا تَحْرُم بردّتها [٢] ، فإذا ارتدت فراجعها ، ثم عادت إلى الإسلام ، فقد نص الشافعي (رضي الله عنه) أنه لابد من استئناف الرجعة ؛ لأن المقصود الحِلُّ ، والمحلُّ غيرُ قابلٍ [٣] . وقال المزني (رحمه الله) : « نتبينُّ بعودها صحةَ الرجعة ؛ إذ نَتَبين به بقاءَ النكاح » [٤] ويَشهد لمذهبه [٥] ، أن الظاهر أن إحرامها وإحرامَه ، لا يَمْنع الرجعةَ بخلاف ابتداء النكاح ، إلا أنا نقول : الإحرامُ عارضٌ منتظَرُ الزوال ، كالصوم والحيض ، بخلاف الردة .

الشرط الثاني : بقاء العدة . ومهما انقضت العدةُ قبل الرجعة ، انقطعت . وإذا رأينا الخلوةَ

---

(١) اتفق الأئمة على أن الرجعة تصح بالقول . أما الفعل - كالوطء وغيره - فاختلفوا في اعتباره ، هل تصح به الرجعة أم لا ؟ على التفصيل الآتي :

مذهب الشافعية : أن الفعل لا يقوم مقام اللفظ في الرجعة ، ولابد من اللفظ ، سواء كان صريحًا أو كناية مع النية . وهو رواية عن أحمد (رحمه الله) . انظر : الأم (٥/ ٢٤٤) . روضة الطالبين (٨/ ٢١٧) مغني المحتاج (٣/ ٣٣٧) .

ومذهب الحنفية : أن الرجعة تصح بالقول والفعل كوطءٍ ، وتقبيل بشهوة ، وغير ذلك مما يحرم به المصاهرة عندهم ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا ولكن عندهم - أعني الحنابلة - لا تحصل بمباشرتها ، أو النظر إلى فرجها ، أو الخلوة بها لشهوة ، نصّ عليه أحمد (رحمه الله) . انظر : الهداية (٢ / ٢٨٤) . رءوس المسائل للزمخشري ص (٤٢٢) . المقنع ص (٢٤٥) . المغني لابن قدامة (٧ / ٢٨٣) . زاد المستقنع ص (١١٠) .

ومذهب المالكية : أنه إذا وطئها يَنْوي بذلك رَجْعَتَها ، عُدَّت رَجْعةً . وقالت طائفة من أصحاب مالك بأن الوطء رجعةٌ سواء قصدها أو لم يقصدها . انظر : الكافي ص (٢٩١ وما بعدها) . القوانين الفقهية لابن جزي ص (٢٣٩) . بداية المجتهد لابن رشد (٢ / ١٠٠) .

(٢) هذا هو الشرط الثاني في ترتيبه .

(٣) انظر نصّ الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٩٦) .

(٤) حكى المزنيُّ (رحمه الله) قول الشافعي السابق ثم تعقبه بقوله : « وأشبهُ بقوله عندي : أن تكون رجعةً موقوفة - يعني رجعتها وهي مرتدة - فإنْ جَمَعَهما الإسلام قبل انقضاء العدة علمنا أنه رجعة ، وإن لم يجمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة ، علمنا أنه لا رجعة » . انظر مختصره ص (١٩٦) .

(٥) في الأصل « بمذهبه » . وما في (أ) ، (ب) أولى ، وهو المثبت .

موجبةً للعدة على المذهب الضعيف ، ثبتت الرجعة في عدتها [١] ، وفيه وجه ضعيفٌ : أنه لا تثبت . نعم ، إذا أثبتْنا العدة بالإتيان في غير المأْتى ، ففي الرجعة وجهان [٢] ؛ لأن إيجاب العدة [به] [٣] نوعُ تغليظٍ .

ثم انقضاءُ العدةِ يختلفُ باختلاف أنواع العدة ، وهي ثلاثة :

الأول : الحمل ، وتنقضي العدة بوضْع الولد ، حَيًّا وميتًا ، وناقصًا وكاملًا ، ان كانت الصورة والتخطيطُ قد ظَهر عليه . فإن كان قطعة لحم ، ففي انقضاء العدة به قولان . والقولُ قولُ المرأة إذا ادّعت الوضعَ ، على أظهر الوجهين . وقال أبو إسحاق المروزي : يلزمها البينةُ ؛ لأن القوابل يَشْهدن [٤] الولادة ، وربما صدقها [٥] في إجهاض السّقْط الناقص ؛ إذ القوابل لا يَشْهدن [٦] .

ثم نحن إذا صدقناها ، فإنما نُصَدِّق في مَظِنّة الإمكان . وإمكان الولدِ الكامل ، بعد ستة أشهر من وقت إمكان الوطء . وإمكانُ الصورة بعد مائة وعشرين يومًا . وإمكانُ قطعة لحم بعد ثمانين يومًا / وذلك لما رُوِي عن النبي ﷺ أنه قال : « بَدْءُ [٧] خلْقِ أحدكم في بطن أمه ، أربعون يومًا نطفةً ، وأربعون يومًا عَلقةً ، وأربعون يومًا مُضْغة ، ثم يُبْعث إليه ملكٌ [٨] فينفخ فيه الروحَ ، ويكتب أَجَلَه ، ورِزْقَه ، ويَكتب « أَشَقِيٌّ هو أم سعيدٌ » [٩] . ٢٠٢/أ

(١) يعني بذلك أن من عقد على امرأة ، ثم خلا بها خلوةً تامة يتمكن فيها من وطئها - ولم يطأ - ثم طلقها ، فعليها عدة على قول ضعيف عند الشافعية ، وإذا كان عليها عدةٌ ، فله الرجعة .

(٢) الأصح أنه ثبتت له الرجعة عليها كما أقره الغزالي في الوجيز (٢ / ٧١) والنووي في الروضة (٨ / ٢١٧) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « يشهدون » .

(٥) في (أ) : « صدقناها » .

(٦) من قوله : « الولادة .. إلى قوله : لا يشهدن » ساقط من (ب) .

(٧) في الأصل ونسخة (أ) : « بُدُوّ » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « ثم يبعث الله ملكًا » .

(٩) رواه البخاري (١٣ / ٤٤٩) (٩٧) كتاب « التوحيد » (٢٨) باب قوله تعالى : ﴿ ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين ﴾ حديث (٧٤٥٤) بإسناده عن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) قال : حدثنا رسول الله - وهو الصادق المصدوق - : أنَّ خَلْقَ أحدكم ، يُجمع في بطن أمه أربعين يومًا وأربعين ليلة ، ثم يكون علقة مثله ، ثم يكون مضغة مثله ، ثم يُبعث إليه الملكُ ، فيؤذن بأربع كلمات ، فيكتب رزقه ، وأجله ، وعمله ، وشقيٌّ أم سعيدٌ ، ثم ينفخ فيه الروح ... » الحديث . ورواه مسلم في صحيحه (٤ / ٢٠٣٦) حديث (٢٦٤٣) . ورواه الترمذي (٤ / ٣٨٨) برقم (٢١٣٧) جميعا من طرق عن الأعمش عن زيد بن وهب عن ابن مسعود (رضي الله عنه) مرفوعًا .

النوع الثاني : العدة بالأشهر . وذلك لا يُتصوَّر فيه نزاع . فإنْ فُرِضَ نزاعٌ ، فَيُرجع إلى وقت الطلاق ، ويكون القولُ فيه قولَ الرجل .

النوع الثالث : الحيض . فإنْ طلَّقها في الطهر ، فأقلُّ مدةٍ تُصدَّق فيها ، اثنان وثلاثون يومًا وساعتان ؛ لأنا نُقَدر كأنْ [(1)] لم يَبْقَ من الطهر إلا ساعةٌ ، فيحصل قرءٌ بتلك الساعة . وإن قلنا : مجردُ الانتقال قرءٌ ، فلا تُعتبر هذه الساعة . ونُقدر اقترانَ الطلاق بآخر جزء من الطهر ، وأما ثلاثون يومًا ، فَلِطُهرين آخرين ؛ لأنّ أقل مدة الطهر ، خمسةَ عشرَ يومًا ، ويومان وليلتان بحيضتين [(2)] ، والساعةُ الثانية للشروع في الحيض حتى نتبين تمامَ القرء لا من نفس العدة .

وإن طلقها في الحيض ، لم تحسب بقية الحيض ، فَلْنقدر أنه وقع في آخر جزء ، فأقلُّ ما تحتاج إليه ثلاثةُ أطهار ، وهي خمسة وأربعون يومًا [(3)] ، وحيضتان ، وهي في يومين وليلتين ، ولابد من ساعتين كما سبق ، وجملتُه سبعة وأربعون يومًا ولحظتان .

وإن طلقها ، وهي صَبِيّةٌ لم تحِضْ بعدُ ، وادّعت الحيضَ ، فأقلُّ مدتِها اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان إلا إذا قلنا : إن القرء هو طهر محتوش بِدَمَيْنِ ، فتكون أقلُّ مدتها ، ثمانيةً وأربعين يومًا ولحظتين ؛ إذ لابُدَّ من ثلاث حيض ، وثلاثة أطهار .

هذا كلُّه في المضطرِبة العادة [(4)] ، أو المستقيمة على الأقلّ . فإن كانت لها عادةٌ مستقيمة على

---

(1) في (ب) : « كأنه » .

(2) في (أ) : « لحيضتين » .

(3) كلمة : « يومًا » ساقطة من (ب) .

(4) قال الحموي : قوله : (النوع الثالث : الحيض : فإن طلقها في الطهر أقلُّ مدةٍ تُصَدَّقُ فيها اثنان وثلاثون يومًا وساعتان ... إلى قوله : لا من نفس العدة . ثم قال : (فإن طلَّقها في الحيض لم يحتسب بقية الحيض ، فيُقَدَّر أنه وقع في آخر جزء ، وأقلُّ ما تحتاج إليه ثلاثة أطهار ، وهي خمسة وأربعون يومًا ولحظتان ، وهي في يومين وليلتين فلابد من ساعتين كما سبق وجملته : سبعة وأربعون يومًا ولحظتان . فإن طلقها وهي صبية لم تَحِضْ فادَّعَتْ الحيضَ فأقلُّ مدتها اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان إلا إذا قلنا : إن القرء هو طهرُ مُحتَوَشٌ بِدمَيْنِ ، فيكون أقلُّ مدتِها ثمانية وأربعون يومًا ولحظتان ؛ إذ لا بد من ثلاث حِيَضٍ وثلاثة أطهار ، هذا كله في المضطربة العادة) .

قلت : ما ذكره الشيخ أولًا من أنه إذا طلقها في الحيض فإن أقلَّ مدتها اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان مخالفٌ لما ذُكِرَ في معظم الكتب ، وذُكِرَ في المهذب اثنان وثلاثون يومًا ولحظة . =

غير الأقل ، فهل تُصَدَّق فيما ينقص من عادتها ؟ فيه وجهان ، والظاهرُ أنه يقبل ؛ لأن تَغَيُّرَ العادة ممكنٌ ، وهي مُؤتمنةٌ على ما في رحمها .

فرع :

إذا وطئها قبل الرجعة ، لزمها استئنافُ عدةٍ [١] ، وتندرج بقية العدة تحته . فإن كان قد بَقِيَ قرءٌ واحدٌ ، فله الرجعة إلى تمام ذلك القرء . وإن أَحبلها بالوطء ، ففي اندراج بقية العدة تحت عدة [٢] الحمل خلافٌ [٣] . فإذا أدرجْنا ، امتدت الرجعة [٤] إلى وضع الحمل . وإن لم تندرج شَرَعت في عدة الحمل ؛ إذ لم [٥] يقبل ذلك تأخيرا . فإذا وضعت الحملَ ، شَرَعَتْ في عدة الرجعة ببقيّة الأقراء ، وتثبت فيه الرجعةُ . [٦ وهل تثبت في مدة الحمل ؟ فيه وجهان ٦] .

* * *

= قلت : وإن كان الأمر كذلك لكن لما كان بهذه اللحظة يتحقق بها انقضاءُ العدة عدَّها معها ، وإن لم تكن من جملتها . وقد أشار الشيخ في هذه المسألة بقوله : (حتى يتيقن تمام القروء لا من نفس العدة) . فإذا ثبت هذا فأقول : يَرِدُ على الشيخ إشكالٌ آخر في مسألة الصبية فإنه قال : (إذا قلنا : إن القرء هو الطهر المحتوش بدمين فتكون أقلُّ مدتها ثمانية وأربعين يومًا ؛ إذ لا بد من ثلاث حيض) فإذا كان كذلك لم تكن فائدة في اللحظة الأخرى ؛ لأن ثلاثة أيام بلياليها ثلاثُ حيض متفرقة ، وخمسة وأربعون يومًا بلياليها ثلاثة أطهار ولحظة للانتقال .

وأما مسألة غير الصبية فإنه إذا طلقها في الحيض فإن أقلَّه لحظةٌ من الحيض ويومان آخران بليلتيهما حيض وخمسة وأربعون يومًا بلياليها أطهار ولحظة ، صار مجموع ذلك سبعة وأربعين يومًا ولحظتين ، إلا أن اللحظة الأخيرة ليست من العدة ؛ لأن الإقراء عندنا عبارةٌ عن الأطهار وقد وجدت .

وطريق الجواب عن مسألة الصبية أن يقال : وإن كانت تلك اللحظةُ ليست من العِدَّة إلا أنه يتحقق بها انقضاءُ العدة ، وبه خرج الجواب وهو على حسب الإمكان » مشكلات الوسيط (ق ١٥٨ / أ - ١٥٩ / أ) .

(١) في (أ) : « استئناف العدة » . (٢) كلمة : « عدة » ساقطة من (ب) .

(٣) وفي الروضة : أن بقية العدة تندرج تحت عدة الحمل ، وعليه فله الرجعة في عدة الحمل . وهو ما ذكره أيضًا البيضاوي (رحمه الله) . انظر روضة الطالبين (٨ / ٢٢١) . الغاية القصوى (٢ / ٨١٧) .

(٤) كلمة « الرجعة » ساقطة من (أ) . (٥) في (أ) : « لا ... » .

(٦) ما بين الرقمين ساقط من (ب) .

الفَصْلُ الثَّاني
في أَحْكَام الرّجْعيّة

وهي مترددةٌ بين المنكوحة والبائنة ؛ لأن الطلاق أَوَجَبَ خللًا في المِلْك ، ولم يُوجِبْ زوالَه . فَلِاخْتلالِه قُلنا : إنه يَحْرُم وَطْؤُها ، وقال الشافعي (رضي الله عنه) : « يلزمه المهرُ بالوطء ، راجَعها أو لم يراجعها »[١] . ونَصَّ في المرتدة – إذا وطئها ، ثم عادت إلى الإسلام – أنه لا مَهْرَ . فقيل : قولان بالنقل والتخريج . والفَرْقُ مُشْكِل ، وغايتُه أن الرجعة في حكم ابتداء أو استدراكٍ ؟[٢] ، وعَوْدُها إلى الإسلام ، يُعيد الحلَّ السابق وليس في حكم الابتداء .

والصحيحُ أنه لا يجب الحدُّ وإن وجب المهر ؛ لأن الملك بالكليّة لم يَزُل . وشَبّبَ بعض الأصحاب بخلاف[٣] فيه ، وعلى الجملة يحرم الوطء . وقَطْعُ الشافعيِّ (رضي الله عنه) بوجوب المهر ، يدلّ على اختلال أصل الملك إن لم يدلَّ على زواله . ويدلُّ على بقاءِ أصلِ الملك صحةُ الطلاق ، وصحةُ الخلع ، والظهار ، والإيلاء ، واللعان ، وجريانُ الميراث[٤] ، ولزومُ النفقة ، وفي الخلع قول قديم : أنه لا يصح[٥] .

ولو قال : زوجاتي طوالق ، اندرجت الرجعيةُ تحته ، وطلقت على الأصح ؛ لأنها زَوْجُه[٦] في خمس[٧] آيٍ من كتاب الله تعالى . هذا لفظ الشافعي (رضي الله عنه)[٨] ، وأراد به آيةَ الإيلاء ، والظهارِ ، وغيرهما[٩] .

---

(١) انظر نصَّ الشافعي (رحمه الله) في مختصر المزني ص (١٩٦) .

(٢) في (أ) : « في حكم ابتداء استدراك » بدون الواو .

(٣) في (أ) : « الأصل : « خلاف » والمثبت من (أ) .   (٤) في (ب) : « التوارث » .

(٥) قوله : « أنه لا يصح » ساقط من (ب) .

(٦) في (أ) : « زوجته » وهو أيضًا استعمال صحيح ، وما في الأصل و (ب) هي اللغة الفصيحة في هذه الكلمة ، وبها ورد القرآن الكريم ، وهي لغة أهل الحجاز . انظر تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٣ / ١ / ١٣٧) .

(٧) في (ب) : « بخمس .. » وهو صحيح أيضًا ، وكأن « الباء » تضمنت الاستدلال . أي : بدلالة خمسِ آيٍ .. » .

(٨) انظر روضة الطالبين (٨ / ٢٢٢) .

(٩) كآية اللعان والإرث والخلع ، وهو يعني أن هذه الآيات تضمنت أحكامَ هذه المسائل .

ولا خلاف في أنه لو اشترى زوجته الرجعية ، لزمه الاستبراءُ ؛ لأنها كانت محرَّمة . وإن استبرأها في صُلْب النكاح ، فلا استبراء على الأظهر . وقيل : إنه يجب ؛ لِتبدُّل جهة الحلّ . وقد قال بعض الأصحاب : تردُّدُ قولِ الشافعي (رضي الله عنه) في الخلع [١] ، يدلُّ على اختلاف قول الشافعي (رضي الله عنه) في أن الملك زائلٌ أم لا ؟ وقولُ بعضِ الأصحاب : إنه إن رَاجَعَ بعد الوطء فلا مهر . وإن لم يراجع ، يجب المهر : يدل على أن الملك موقوفٌ . فتحصَّلَ في زوال الملك ثلاثةُ أقوال [٢] .

* * *

(١) يعني بتردد الشافعي في صحة خلع الرجعية أن له قولين في هذه المسألة ، القديم : أنه لا يصح مخالعة الرجعية ، والجديد أنه يصح . انظر الوجيز (٢ / ٧٢) . الروضة (٧ / ٤٢٠) ، (٨ / ٢٢٢) .

(٢) والأقوال الثلاثة هي :

(الأول) : أن ملك الزوجية زال بالطلاق ، واستدلوا عليه بتحريم الوطء وغيره . ورجح هذا القولَ الغزاليُّ .

(الثاني) : أن الملك غير زائل ؛ لوقوع الطلاق وعدم الحدِّ إن وطئها ، وصحة الإيلاء والظهار واللعان وثبوت الإرث وعدم الإشهاد على الرجعة . ورجحه إمام الحرمين .

(والثالث) : وهو ما رجحه النووي واختاره الرافعي أن التحقيق في هذه المسألة أنه لا يُطلق القولُ بترجيح واحد منها ، ويختلف الراجحُ بحسب المسائل وظهور الدليل في أحد الطرفين . انظر الروضة (٨ / ٢٢٢ وما بعدها) .

البَابُ الثَّاني
في النزاع

وله صور [خمس] [١] .

الأولى : أن يتفقا على انقضاء العدة يوم الجمعة ، لكن الزوج قال راجعتُ يوم الخميس ، وقالت : بل يوم السبت ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : / وهو الذي ذكره المراوزة من عند آخرهم - وهو القياس - أن القول قولها [٢] ؛ ٢٠٢/ب لأنهما إذا اتفقا على الطلاق وانقضاءِ العدة ، فالأصلُ انقطاعُ النكاح ، والزوجُ يريد دَفْعَه بدعوى الرجعة فعليه الإثباتُ [٣] .

والوجه الثاني : - ذكره العراقيون - أن القول قولُه ؛ لأن الأصل بقاءُ النكاحِ ، والرجعةُ إلى الزوج ، وليس لها قول إلا في انقضاء صورة الأقراء ، والزوجُ ينكر بقاء العدة بعد يوم الخميس ، إذ الرجعة تقطع العدة . ويُحَقِّقه : أن الزوج لو ادَّعى الوطءَ في مدة العُنّة يُصَدق ، مع أن الأصل عدمُه ؛ لتقرير النكاح ، فهذا أولى .

والثالث : ذكره صاحب « التقريب » أن المصدّق هو السابق إلى الدعوى ، فإذا سبقت بدعوى الانقضاء ، فقد حكم الشرعُ بقولها بالتحريم ، فلا يرتفع بدعواه من غير بيّنة ، وكذلك إذا سبق الزوج . فعلى هذا ، إن تَسَاوَقَا ، رجع الوجهان ؛ لأنه زال المرجّح له .

الصورة الثانية : ألا يقع التعرضُ لوقت العدة والرجعة ، ولكن اتفقا على جريان الأمرين ، واختلفا في التقدم ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه المصدق ؛ لأن الأصل بقاء النكاح .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل : « قولهما » ، وهو خطأ واضح والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) وهذا القول الأول هو الصحيح الذي عليه جمهور الشافعية : أن القول قولها بيمينها ، إنها لا تعلمه راجع يوم الخميس . انظر : الوجيز (٢/٧٢) . روضة الطالبين (٨/٢٢٣) . الغاية القصوى (٢/٨٢٠) . مغني المحتاج (٣/٣٤٠) .

والثاني : أنها المصدقة ؛ لأنها مؤتمنة على ما في رحمها ، عاجزةٌ عن الإشهاد ، والزوجُ قادرٌ على الإشهاد على الرجعة .

الصورة الثالثة : أن يقع الوفاق على أن الرجعة جَرَتْ يوم الجمعة ، ولكن قالت : كانت العدة قد انقضت يوم الخميس . وقال الزوج : بل يوم السبت . فهذا كصورة الأولى ، فترجع [١] الوجوهُ الثلاثة .

الصورة الرابعة : أن يقع الوفاق على وقت انقضاء العدة ، ويدّعى الزوج رجعةً قبلها ، وأنكرت أصل الرجعة . قال صاحب « التقريب » : هي المصدقة بلا خلاف . والأظهرُ جريانُ الأوجه ؛ إذْ لم تُفَارق هذه الصورةُ ما قبلها ، إلا أنها أنكرت لفظ الرجعة ، وهناك إنما أقرت بلفظ الرجعة ، لا بحقيقة الرجعة .

الصورة الخامسة : النزاع مع قيام العدة . فإذا قال : راجعتُكِ أمس . فأنكرت ، فالقولُ قولُه ؛ لأنه قادر على الإنشاء ، فَيُقْبَل قولُه ؛ كقول الوكيل قبل العزل . وقيل : الأصل عدم الرجعة ، فالقول قولها ، فإن أراد الإنشاء [٢] فَلْيُنْشِىءْ . والصحيح : أن إخباره [٣] لا يجعل إنشاءً [٣] ، وحُكي عن القفال : أنه إنشاء ، وهو بعيد ؛ لأن الشافعي (رضي الله عنه) قال : إنّ مَنْ أقرَّ بالطلاق كاذبًا لم يكن إنشاء .

فرع : إذا أنكرت الرجعة ، ثم أقرت . قال الشافعي (رضي الله عنه) : لم تمنع عنه [٤] ؛ فهو كمن أَقَرّ بحقّ بعد الجحود . وهذا فيه إشكالٌ ؛ لأنها أقرت بالتحريم على نفسها ، ثم رجعت . ولو أقرت بتحريم رضاعٍ ، أو نسبٍ ، لم تمكنّ من الرجوع . ولكن الفرق أن الرجعة تصحّ دونها ،

---

(١) في الأصل : « فرجع » والمثبت من (أ) ، (ب) . وفي الروضة (٨ / ٢٢٤) أن الزوج يُصَدق بيمَينه في هذه الصورة .

(٢) في (أ) : « إنشاءً » .

(٣) في (ب) : « يجعل إنشاءً » . وهو خطأ واضح . ويعني الإمام الغزالي (رحمه الله) بأن قول الزوج : « راجعتك أمس » لا يُجْعل إنشاءً ، أي إذا صدقنا المرأة ، فإذا أراد الزوج أن يرتجعها ، فَلْيُنْشئ لفظًا ، ولا يُعْتدّ بقوله « راجعتك أمس » إنشاءً .

(٤) في (أ) : « لم تمنع منه » .

فلعلها أنكرت إذ لم تَعْرف ، ولا تُقِرّ بالرضاع والنسب – وهو إثبات – إلّا على بصيرة . نعم ، مَنْ قال [1] : ما أتلفَ فلانٌ مالي ، ثم رجع إلى الدعوى ، لم يمكَّن ؛ لأنه أَقَرَّ على نفسه . وهاهنا جحدت حقَّ الزوج . فإذا توافقا لم يبطل حقّ الزوج . ولو قالت : ما رضيتُ في النكاح ثم رجعتْ ، فهذا محتمل ؛ لأنها تحقّق رضا نفسها ، ولذلك تحلف على البتّ ، ولكنها جحدت حق الزوج ، فالأظهر أنه يُغلَّب جانبُ الزوج وتمكّن المرأةُ من الرجوع .

* * *

---

(١) في (أ) : « لو قال » .



فهرس محتويات المجلد الخامس